

LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO
PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD EN EVENTOS MÉDICO –
HOSPITALARIOS: EL PRECEDENTE EN MATERIA CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO PARA UNIFICAR LA
JURISPRUDENCIA

NATALY GUTIÉRREZ HENAO

LUISA MARÍA VÁSQUEZ RICO

UNIVERSIDAD EAFIT
PREGRADO DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN

2013

LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO
PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD EN EVENTOS MÉDICO –
HOSPITALARIOS: EL PRECEDENTE EN MATERIA CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO PARA UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA

NATALY GUTIÉRREZ HENAO

LUISA MARÍA VÁSQUEZ RICO

Trabajo de grado presentado como
Requisito parcial para optar al título de abogado

Asesor

MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE

Docente de La Universidad EAFIT.

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2013

Nota de Aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, octubre de 2013

AGRADECIMIENTOS

Al profesor Maximiliano Aramburo Calle por su disposición para escucharnos, corregirnos y guiarnos en este proceso, con la mayor amabilidad y entrega, a pesar de sus múltiples obligaciones como padre, docente y profesional del derecho.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: ACLARACIONES PRELIMINARES	11
1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	11
2. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y RESULTADO	14
3. OBLIGACIÓN MÉDICA	16
CAPITULO II: CRÍTICA A LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD AL ESTADO EN EVENTOS MÉDICO – HOSPITALARIOS	20
1. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN	23
1.1 FALLA DEL SERVICIO	23
1.2 FALLA PROBADA	29
1.3 FALLA PRESUNTA	30
1.4 CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA	34
2. FORMAS DE ALIGERAMIENTO DE LA PRUEBA	40
2.1 REGLA DEL RES IPSA LOQUITUR	40
2.2 INDICIO DE FALLA DEL SERVICIO	43
2.2.1 Concepto de prueba Indiciaria	44
2.2.2 Diferencia entre Presunciones Judiciales e Indicios	44
2.2.3 Requisitos de la Prueba Indiciaria	45

2.2.4 Acreditación de la Falla del Servicio por medio del Indicio	46
3. CRÍTICA A LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN Y MÉTODOS DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO	49
CAPITULO III: EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO POSIBLE SOLUCIÓN A LA INTERPRETACIÓN CAÓTICA DADA POR EL CONSEJO DE ESTADO A LOS APARENTES TÍTULOS DE IMPUTACIÓN	54
1. PRECEDENTE JUDICIAL	54
1.1 ¿QUÉ ES EL PRECEDENTE JUDICIAL?	54
1.2 DIFERENCIA ENTRE EL PRECEDENTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y EN MATERIA CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA	57
1.3 VINCULACIÓN JURÍDICA DE AMBOS PRECEDENTES	63
2. FIGURAS RELEVANTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PRECEDENTE CONSAGRADAS EN EL CPACA	67
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE LAS FIGURAS	67
2.2 RAZONES POR LAS CUALES LAS FIGURAS RELACIONADAS CON EL PRECEDENTE EN MATERIA CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVA, CONSAGRADAS EN EL CPACA, SE EXPLICARÁN EN DESORDEN.	68
2.3 DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA – ARTÍCULO 10 DEL CPACA.	68
2.4 EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	70
2.4.1 Artículo 102 del Cpaca.	72
2.4.2 Artículo 269 del Cpaca	74
2.5 RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA	79
3. CRÍTICAS A LAS FIGURAS DEL CPACA	82

4. JUSTIFICACIÓN DEL PRECEDENTE COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA PLANTEADO	83
CONCLUSIONES	88
BIBLIOGRAFÍA	90

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Consejo de Estado	CE
Corte Constitucional	CConst
Corte Suprema de Justicia	CSJ
Código de Procedimiento Civil y de lo Contencioso Administrativo	CPACA
Constitución Política de Colombia	C.N.

INTRODUCCIÓN

En esta monografía, se realizará una crítica a los diferentes títulos de imputación y mecanismos de aligeramiento de la prueba utilizados por el Consejo de Estado para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado en eventos médico – hospitalarios. Se empezará por analizar cómo y cuándo responde el Estado, es decir, se hará un breve análisis de la responsabilidad extracontractual del estado en general, para luego pasar a dar un pequeño análisis de las obligaciones de medios y de resultado, toda vez que es a partir de ellas que se atribuye responsabilidad al Estado en materia médica – hospitalaria, y para, finalmente, explicar cómo se comporta la obligación en materia médica, en general, para lograr entender que como se atribuye responsabilidad al estado en estos eventos.

Una vez realizadas dichas aclaraciones preliminares, se pasará a realizar la crítica a los títulos de imputación y a los métodos de aligeramiento probatorio, pero partiendo de la explicación de cada uno de ellos para poder entender en qué consiste cada uno, de forma simultánea y posterior. Adicionalmente, junto con la explicación de los títulos de imputación y los métodos de aligeramiento probatorio, se explicaran ciertos conceptos que son relevantes para su entendimiento tales como las presunciones y la prueba indiciaria.

Por otro lado, se propondrá una solución al problema observado en el desarrollo del trabajo, cual es el caótico tratamiento a este tema. Para esto se propondrá como posible solución el concepto de precedente judicial, el cual se definirá y se analizará desde la óptica constitucional y contencioso–administrativo, así como su vinculación jurídica respecto de otros órganos judiciales. Adicionalmente, se explicarán las nuevas figura del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contenidas en los artículos 10, 102, 256,

257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270 y 271, realizándoles una contextualización histórica para poder señalar que estas no son del todo novedosas debido a que en la jurisdicción contencioso – administrativa ya se habían hecho regulaciones tendientes a ese fin. Así mismo se hará la respectiva crítica a las figuras del CPACA, toda vez que en ellas se pueden encontrar ciertos problemas y dificultades, las cuales no fueron tenidas en cuenta al momento de hacer la consagración legal de cada una de ellas.

Finalmente, se plasmará la justificación de por qué se piensa que tal figura es una solución al problema que se encuentra en esta materia, porque versa, principalmente, en la posibilidad de unificación de la interpretación de las normas y casos de la responsabilidad, así como la reivindicación del papel del juez en los sistemas de derecho legislado, pues en ellos el papel de los jueces también es importante y también crean derecho.

CAPÍTULO I: ACLARACIONES PRELIMINARES

El objeto de este trabajo es realizar una crítica a los títulos de imputación utilizados por el Consejo de Estado para atribuir responsabilidad al Estado por eventos en donde hay una Falla del Servicio en la prestación de servicios médico - sanitarios. Dicho lo anterior, se hace necesaria la explicación general de la responsabilidad del Estado y la estructuración de la obligación médica. Por lo anterior, puede decirse que el objeto de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado son los eventos en los que el Estado está llamado a responder por los hechos que ocasionan daños a las personas. Una vez aclarado esto cabe resaltar como se estructura la obligación médica y cómo funciona esta para mostrar porque razón puede ser el Estado responsable por los daños originados en esta actividad.

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Para establecer el por qué responde el Estado en los eventos de la prestación de servicios médico – hospitalarios es necesario manifestar que las Constituciones consagran dos tipos de normas: *i.* principios y *ii.* reglas; los cuales plasman los valores éticos de una sociedad específica. Para el contexto colombiano, la Carta de 1991 establece como principio rector del ordenamiento jurídico la *dignidad humana*¹, la cual se manifiesta en diferentes artículos de Constitución². Ligado a lo anterior, la Corte Constitucional ha entendido de diversas maneras la definición y clasificación de derechos fundamentales, en donde se puede ver que la más reciente ha sido entender que son derechos fundamentales todos lo que están

¹ Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.

² Artículos 13, 15, 16, 17, entre otros de la Constitución Política Colombiana de 1991.

íntimamente atados con el principio de la dignidad humana, razón por la cual ha dicho que el derecho a la salud, que se encuentra en el Capítulo II del Título II de la Carta Política, es un derecho fundamental³.

Dicho lo anterior, se puede establecer que el Estado colombiano deberá responder por la producción de *daños antijurídicos* relacionados con derechos fundamentales y no fundamentales, pero aunque el este recaiga sobre un derecho fundamental, lo que verdaderamente genera la responsabilidad es el *daño antijurídico* ocasionado; pero el objeto de este trabajo es el estudio de la afectación del derecho a la salud por parte del Estado, específicamente de los títulos de imputación con los que el Consejo de Estado atribuye responsabilidad.

En el ámbito de responsabilidad del Estado, después de la Constitución de 1991, se ha ubicado su fundamento constitucional en el artículo 90 toda vez que consagra la cláusula general de la misma. Dicha cláusula se ha aplicado a todas las entidades, funcionarios y actividades de la administración pública. De dicho artículo se desprende que el Estado responderá en los casos que origine un *daño antijurídico*, concepto que no está definido en la norma constitucional, pero ha sido objeto de construcción doctrinaria y jurisprudencial, entendiéndose como el daño que se origina y que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de sobrellevar⁴.

De lo anterior, se desprende que la antijuridicidad se predica del daño y no de la actuación, razón por la cual a partir de la expedición de la Carta Política de 1991 se puede hablar, también, de una responsabilidad, que en cierto sentido es objetiva, se responde por todos los daños que se generan a los ciudadanos, los cuales no están facultados para producir y por ende los ciudadanos no tienen la

³ CCONST. T – 760 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando: “La falacia de los títulos de imputación en la Responsabilidad del Estado”, en *Revista de Responsabilidad civil y del Estado*. No. 25 (2009), pp. 167 – 184.

obligación de soportarlos; y no solo de la responsabilidad subjetiva del Estado, es decir, cuando el Estado responde por la falla en la prestación de un servicio o por la culpa de la administración.

Por lo anterior, actualmente existen tres títulos con los que se imputa responsabilidad al Estado⁵, de los cuales dos hacen referencia a la responsabilidad objetiva, daño especial y riesgo excepcional, y el otro hace referencia a la responsabilidad subjetiva, *falla del servicio*. Con respecto a cada régimen de imputación el tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa ha explicado y expresado en qué casos se debe usar cada uno al punto de decir que:

- El régimen del daño especial es utilizado cuando en ejercicio de actividades lícitas y cumplimiento de deberes legales se genera un daño que desborda el equilibrio entre las cargas públicas que deben soportar los particulares. Ej. en la realización de una obra pública se produce una desvalorización de la propiedad de los particulares que viven cerca de la obra.
- El régimen del riesgo excepcional es utilizado cuando el Estado desarrolla actividades peligrosas, en ocasiones en que se expone a un particular a un riesgo, el cual no está obligado a soportar. Ejs. **a)** en un pueblo ponen una bomba en la Estación de la Policía y se generan daños a las propiedades de los particulares que viven cerca de la estación, además de generar daños físicos a las personas que estaban pasando por ahí en ese momento y a las que estaban en sus casas, que son aledaños; **b)** daños ocasionados por vehículos oficiales; **c)** daños ocasionados por armas de fuego; **d)** daños ocasionados por redes de energía.

⁵ CE 3: 19 de junio de 2008, CE 3: 25 de agosto 2011, Exp. 21.883; CE 3: 5 de julio de 2012, Exp. 23.643, Exp. 15.752.

- El régimen de la *falla del servicio* es utilizado cuando se genera un daño porque un funcionario o entidad pública no actúa como debía hacerlo, actúa erróneamente o actúa de forma tardía. Ej. una persona llega a un hospital del Estado y no le hacen el procedimiento que le debían hacer por negligencia del médico que la atendió.

Una vez aclarado los tres títulos de imputación de responsabilidad del Estado, es importante señalar que en este trabajo solo desarrollaremos el llamado *falla del servicio*, debido a que es el que el Consejo de Estado ha utilizado para imputar la responsabilidad por las actividades médicas, lo que constituye el objeto de la investigación.

2. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y RESULTADO

Respecto a este punto es importante dejar claro que tal clasificación de las obligaciones es propia de la estructura de la responsabilidad contractual, pero, pese a eso, se ha encontrado que el Consejo de Estado realiza tal clasificación para la atribución de la responsabilidad en el ámbito médico al Estado a pesar de ser extracontractual, denominada así por la misma corporación.

Antes de entrar a analizar la estructura de la obligación médica se hace necesario hacer una breve introducción y explicación de la clasificación de las obligaciones de medios y resultado, para así entender de qué forma se obliga al médico en la prestación de servicios médico – hospitalarios.

Las obligaciones de medios han sido definidas por diferentes doctrinantes, entre ellos PHILIPPE LE TOURNEAU, como:

En ciertos contratos el deudor solo se obliga a poner al servicio del acreedor todos los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia y diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta deseada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar al finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento”⁶.

El mismo autor se refiere a las obligaciones de resultado aduciendo que:

“En algunos contratos el autor se compromete a procurar al acreedor un resultado determinado y preciso. La obligación de resultado a veces es denominada, obligación determinada. El deudor de una obligación de resultado es condenado a indemnizar, si el hecho prometido no se produce. El contenido de la obligación parece ser el resultado mismo. Una carga de esta naturaleza supone evidentemente, que el deudor pone en movimiento todos los medios para obtener el resultado, pero estos por sí solos no se toman en consideración”⁷.

La clasificación antes descrita se torna importante para la determinar cómo se exonera el deudor de responsabilidad civil contractual, pues se debe entender que si la obligación es de medios este se exonerará con la prueba de la diligencia y cuidado para agotar todos los mecanismos idóneos para

⁶ PHILIPPE LE TOURNEAU, *La responsabilité civile* en TAMAYO JARAMILLO, Javier: *Tratado de Responsabilidad civil – Tomo I*. Segunda Edición. Legis. Bogotá. 2008. pp. 414 – 415.

⁷ PHILIPPE LE TOURNEAU, *La responsabilité civile* en TAMAYO JARAMILLO, Javier: *Tratado de Responsabilidad civil – Tomo I*. Segunda Edición. Legis. Bogotá. 2008. p. 418.

la obtención del resultado final, por el contrario, si se trata de una obligación de resultado el deudor deberá probar la ocurrencia de una causa extraña, en principio, para exonerarse; en el mismo sentido se ha pronunciado la profesora MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOS al decir que "... a diferencia de las obligaciones de medios donde la víctima debe probar la culpa del médico, en las obligaciones de resultado el riesgo por su obtención es soportado por el médico, quien tendrá entonces que probar las causas de no haberlo logrado"⁸.

En contraposición a lo anterior, autores como OSTERLING Y CASTILLO expresan que "(...) la diferencia entre obligaciones de medios y resultado es artificial, ya que las primeras se busca también un resultado y, en las últimas, existe necesariamente un medio para cumplirlas (...)"⁹.

3. OBLIGACIÓN MÉDICA

Es importante, antes de entrar en materia, aclarar y dar una pequeña explicación de cómo es entendida la obligación médica en el Derecho colombiano para así poder llegar a un mejor entendimiento de las razones que, en general, llevan a atribuir al Estado responsabilidad por los daños ocasionados en dicha actividad.

Respecto al tipo de obligación que se genera en el acto médico se puede decir que se generan de ambos tipos, es decir, de resultado y de medios, pues la actividad médica no se agota en la ejecución de una única obligación debido a que este tipo de actividad tiene varias obligaciones que se van ejecutando de manera

⁸ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía: La responsabilidad médica: problemas actuales. Bogotá: Ibáñez 2008, p. 109.

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: "Compendio de derecho de obligaciones". Lima: Palestra Editores, 2008, p. 130.

escalonada. Este tipo de obligaciones están consagradas tanto constitucional como legalmente, aunque ni en la constitución ni en la ley se han clasificado en unas u otras sino que es la doctrina la que ha hecho esta labor¹⁰, encontrando así que la Constitución de 1991 consagra las obligaciones en el actuar médico en los artículos 11, 15, 16, 18, 19, 26, 44, 49, 50 y 78; y las leyes que reglamentan estas obligaciones son la Ley 23 de 1981, Ley 10 de 1990, Ley 100 de 1993, Decreto 1621 de 1995, Decreto 1876 de 1994, Ley 344 de 1996, Ley 352 de 1997, entre otras.

Con lo dicho anteriormente, se puede encontrar que las obligaciones¹¹ que se consagran constitucionalmente relacionadas con el actuar médico son:

- Asistir a un paciente en caso de urgencia (artículo 11 C.N.).
- No violar el derecho a la intimidad de los pacientes (artículo 15 C.N.).
- Deber de informar a sus pacientes su estado de salud (artículos 18 y 19 C.N.).
- Deber de dar al paciente toda la información de los efectos que pueda causar un tratamiento para que este pueda hacer uso de su derecho de dar un Consentimiento Informado (artículos 18, 19 C.N.).
- Deber de tener un título de idoneidad para ejercer la obligación médica (artículo 26 C.N.).
- Deber de atender a los niños bajo cualquier circunstancia (artículos 44 y 50 C.N.).
- El Estado debe garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios de salud (artículos 49 y 78 C.N.).

¹⁰ Autores como Alberto León Duque Osorio, Javier Tamayo Jaramillo, Guillermo Ospina Fernández, para citar algunos ejemplos.

¹¹ Tales obligaciones son trasladadas al campo médico en este trabajo debido a que en la constitución lo que aparece son derechos genéricos, que al trasladarlos al ámbito médico se convierten en deberes para el médico.

De las anteriores obligaciones se puede decir que todas son de Resultado, en tanto que "...la obtención de este [Resultado] queda incluido en el objeto de aquella. [Obligación]"¹²

Por otro lado, en la legislación colombiana se consagran dos tipos de obligaciones para la actividad médica, que son:

- Deber de hacer una evaluación adecuada a su paciente e indicar los exámenes correspondientes.
- Precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

De estas dos obligaciones, la doctrina¹³ ha concluido que la primera obligación constituye una de resultado, pues el actuar médico debe llevar a que esa evaluación se haga adecuadamente y que los exámenes que se prescriban sean los adecuados para luego poder realizar las demás actividades del acto médico y que estas sean adecuadas. De la segunda obligación se ha dicho¹⁴ que esta es la típica obligación de medios, y que el acto médico se ejecutará bien en la medida de que la obligación que la antecede, que es de resultado, se haga adecuadamente, pues necesariamente si la evaluación y los exámenes que se prescriben no son los adecuados, el médico no podrá realizar el diagnóstico y definir la terapéutica adecuada para la afección que tenga el paciente; por el contrario si la obligación de resultado se realiza adecuadamente, la obligación de medios también será ejecutada correctamente. Pese a lo dicho anteriormente, se puede presentar que, no obstante, la ejecución de la obligación de resultado se haga correctamente, la obligación de medio no se ejecute de tal manera pero por

¹² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: Régimen general de las obligaciones, Octava Edición. Bogotá: Temis, 2008, p. 27

¹³ DUQUE OSORIO, Alberto León. "Valoración jurídica de la obligación médica (Octubre de 2006)", en *Revista de Responsabilidad civil y del Estado*. 20 (2006), pp. 103-140

¹⁴ *Ibidem*.

ser de este tipo, el medico se podrá exonerar con la prueba de la diligencia y cuidado en su actuar.

Lo mencionado con antelación referente a la obligación médica se hizo con el ánimo de contextualizar en tanto que se cree pertinente dejar claro la composición de la obligación médica, toda vez que es importante saber la forma en que se constituye la obligación para luego poder entender las razones que da el Consejo de Estado al momento de atribuir responsabilidad al Estado por la actuación médica.

CAPITULO II: CRÍTICA A LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN UTILIZADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD AL ESTADO EN EVENTOS MÉDICO – HOSPITALARIOS

En este capítulo se hará una breve explicación de cada título de imputación, entendiendo por este la atribución jurídica que se hace de un hecho dañoso a una persona, y los medios de aligeramiento de la carga de la prueba, los cuales se entienden como una posición jurisprudencial que busca alivianar la carga de la prueba en eventos específicos, utilizados por el Consejo de Estado, como herramienta de contextualización; finalizando con la realización de una crítica a dichos títulos utilizados por el tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso - administrativa para atribuir responsabilidad al Estado en los casos médico – hospitalarios, la cual estará basada en la doctrina del tema y opiniones propias de las autoras. Para ello se hará un rastreo¹⁵ de las sentencias más importantes de cada título y cada medio que ha utilizado tal Corporación, que a saber son: **a) falla del servicio**¹⁶, **b) falla del servicio probada**¹⁷, **c) falla del servicio presunta**¹⁸, **d)**

¹⁵ Es necesario resaltar que el material bibliográfico utilizado en este capítulo, principalmente, será el libro del Consejero de Estado Enrique Gil Botero titulado “Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado – tomo III”.

¹⁶ CE 3: 7 de febrero de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6731, CE 3: 14 de diciembre de 1993. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 8423, CE 3: 11 de noviembre de 1999. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 12165, CE 3: 9 de marzo de 2000. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12489 (1), CE 3: 18 de julio de 2002. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 12780, CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772, CE 3: 14 de diciembre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 17918(1), CE 3: 23 de junio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19101, CE 3: 7 julio de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 19953(1), entre otras.

¹⁷ CE 3: 13 de septiembre de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6816, CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11878, CE 3: 8 de noviembre de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13093(2), CE 3: 28 de octubre de 2005. C.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. T – 1143712, CE 3: 11 de mayo de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14400 (9335 (3), CE 3: 24 de abril de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 15790, CE 3: 23 de junio de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18786, CE 3: 10 de febrero de 2011. C.P. Danilo Rojas Betancourt. Exp. 1904 Exp. 19040, entre otras.

¹⁸ CE 3: 30 de julio de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897, CE 3: 12 de julio de 1993. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 7968, CE 3: 21 de abril de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 8630, CE 3: 13 de julio de 1995. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 9848, CE 3: 12 de septiembre de 1996. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 9334, CE 3: 8 de mayo de 1997. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 11220, CE 3: 26 de abril de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10755(1), CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12790, CE 3: 31 de octubre 2001. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13008(1), CE 3: 26 de abril de 2002. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13675, CE 3: 23 de octubre de 2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14078, CE 3: 14 de diciembre de 2004. C.P. Ramiro Saavedra Ballesteros. Exp. 12830(2003) (1), CE 3: 28 de abril de 2005. C.P. Ruth Stella Corre Palacio. Exp.

carga dinámica de la prueba¹⁹. Los medios de aligeramiento de la carga de la prueba son: **a) *res ipsa loquitur***,²⁰ e **b) indicio de falla del servicio**²¹.

Antes de iniciar el cuerpo del trabajo es necesario dejar claro que la jurisprudencia del Consejo de Estado confunde la noción de título de imputación, falla del servicio, con las diferentes formas de distribución de la carga de la prueba, debido a que atribuye responsabilidad entendiendo, erróneamente, que la imputación debe ser a través de los mecanismos de aligeramiento de la carga de la prueba y no bajo el título de imputación respecto del cual el Estado responde por daños en la atención médico – hospitalaria.

Es en ese sentido, que se puede encontrar que el Consejo de Estado ha utilizado diferentes regímenes probatorios y medios de aligeramiento de la carga probatoria a través de su jurisprudencia. Es así como en un primer momento se utilizó el régimen general probatorio, que consiste en que el demandante es quien debe probar todos los elementos de la responsabilidad (daño, falla del servicio y nexo causal), y lo denominó *falla del servicio probada*. En un segundo momento, al ver la dificultad probatoria para el demandante por la existencia de aspectos tecnológicos y científicos, de los cuales, éste no tenía conocimiento, se empezó a presumir la falla del servicio, determinando que sea el médico o la entidad

14786(4164), CE 3: 14 de abril de 2006. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16068, CE 3: 18 de julio de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 28106, CE 3: 24 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 17547, entre otras.

¹⁹ CE 3: 22 de mayo de 1996. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 11301(1), CE 3: 24 de junio de 1998. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 10579, CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11.878, CE 3: 24 de mayo de 2001. C.P. German Rodríguez Villamizar. Exp. 12945(1), CE 3: 1 de julio de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14696(7649), CE 3: 24 de febrero de 2005. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 14259(1), CE 3: 1 de marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16308, CE 3: 27 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18285(1), entre otras.

²⁰ CE 3: 4 de marzo de 1994. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 8708, CE 3: 22 de mayo de 1996. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 11301(2), CE 3: 24 de mayo de 2001. C.P. German Rodríguez Villamizar. Exp. 12945(2), CE 3: 30 de julio de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 17276, CE 3: 19 de agosto de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18364(4), CE 3: 28 de abril de 2010. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20087, CE 3: 24 de marzo de 2011. C. P. Enrique Gil Botero. Exp. 20813.

²¹ CE 3: 14 de julio de 2005. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15276(1382), CE 3: 26 de marzo de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16085(1), CE 3: 19 de agosto de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18364(3), CE 3: 21 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santaofimio Gamboa. Exp. 20371(1), entre otras.

hospitalaria quien pruebe que se actuó de forma diligente y cuidadosa y por tal razón no hubo falla; a dicho régimen se le denominó *falla presunta*. En un tercer momento, se empezó a establecer que no en todas las situaciones se presentaban esos elementos científicos y tecnológicos que justificaran la inversión de la carga de la prueba de forma permanente, pues se podía establecer que en ciertos casos eso no ocurría y por tal razón debía ser el demandante quien probara la falla, dando origen a la teoría de las *cargas dinámicas de la prueba*. Finalmente, el Consejo de Estado retornó al primer régimen utilizado, esto es la *falla del servicio probada*, pero con la inclusión de medios de morigeramiento de la carga de la prueba, como la regla *res ipsa loquitur* y la prueba de la falla del servicio por medio de *indicios*²².

Finalmente, se puede decir que el único título de imputación subjetivo existente en la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado es el denominado *falla del servicio*, el cual se refiere a “...una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo”²³, título que, según el Consejo de Estado en los eventos médicos, puede ser probado de diferentes formas: **a)** régimen probatorio general, **b)** inversión de la carga probatoria de forma permanente a favor del demandante, **c)** teoría de las cargas dinámicas de la prueba; regímenes que pueden ser atenuados por medio de diferentes recursos como la regla *res ipsa loquitur* y la prueba indiciaria.

²² Así mismo se expresa en FERNÁNDEZ ORTIZ, Alejandra. “El indicio en la responsabilidad estatal por falla del servicio médico asistencial. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado” en *Estudios de derecho*. Vol. LXVIII. No. 151. (2011). pp. 348 – 349.

De igual forma encuentra sustento en las sentencias CE 3: 30 de julio 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897, CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp 11878. CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Carrea Palacio. Exp. 15722.

²³ CE 3: 20 de octubre de 1990. C.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Exp. 5.902.

1. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

1.1 FALLA DEL SERVICIO

Este título de imputación ha sido de un uso habitual en el sistema jurídico nacional, en lo que respecta a anomalías de la administración y que han servido como fuente en la atribución de responsabilidad a la misma por su actividad; lo anterior no ha sido exclusivo del derecho administrativo colombiano, sino que data del derecho francés. En la teoría francesa la *falla del servicio* o *faut du service* es el cimiento de la obligación que le surge al Estado de indemnizar aquellos perjuicios causados producto de las irregularidades en su actividad, la cual, si bien es cierto era ejecutada a través de servidores no debía atribuírsele a estos sino al ente público ya que tal sistema jurídico no separaba la actividad pública del servidor público²⁴.

La falla del servicio, en Colombia, es el régimen de imputación de responsabilidad atribuida al Estado en "...donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado. Son entonces acciones u omisiones que se predicen de la administración y que en su funcionamiento, resulta en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado..."²⁵, la cual se fundamenta en el deber que tiene el Estado colombiano de responder por los daños antijurídicos que ocasione, con sus actividades u omisiones, a los administrados quienes no tienen el deber jurídico de soportar tales cargas. Con la anterior definición se podría llegar a la conclusión de que contraría el artículo 90

²⁴ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Tercera reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2005. p. 231.

²⁵ RUIZ ORJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Segunda Edición. Ecoe Ediciones. Bogotá. 2013 p. 1.

de la Constitución Política debido a que allí se consagra una responsabilidad objetiva que gira alrededor del daño jurídico. Sin embargo el Consejo de Estado ha aclarado que esto no es del todo cierto, puesto que aún persisten regímenes de responsabilidad del Estado de carácter subjetivos como lo es la **falla del Servicio**. Al respecto dicha corporación ha manifestado que:

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de responsabilidad de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio²⁶.

Es importante mencionar que en los inicios de la responsabilidad extracontractual del Estado coexistían dos corporaciones que conocían de tal tema, a saber: la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, el cual ostentaba una competencia de carácter residual que consistía en conocer sólo aquellos eventos en donde la administración debía indemnizar perjuicios en caso de expropiación, en tanto que para ese entonces no se le había otorgado competencia plena al Consejo de Estado para conocer respecto de todos los casos de responsabilidad del Estado, la cual solo fue trasladada a esta corporación en virtud del Decreto Ley 528 de 1964. Por lo anterior es necesario manifestar lo que la Corte Suprema de Justicia había expresado sobre la *falla del servicio*, cuando era el juez competente:

²⁶ CE 3: 25 de febrero de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14170.

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las “fallas del servicio público” o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, la consecución de sus fines.

(...)

De modo que si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daño, es el Estado quien debe responder por ellos, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o de algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.

(...)

La noción de culpa subsiste, pero se desplaza de un sujeto individual al Estado²⁷.

Para el año 1964, es el Consejo de Estado el que toma la competencia general para conocer de los casos en donde se decide si hay o no hay responsabilidad extracontractual del Estado. En razón de lo anterior se tiene que el Consejo de Estado definió la *falla del servicio* en esa época y se puede ver que tal definición guarda el mismo sentido desde sus inicios hasta la actualidad, pues el Consejo de Estado ha venido definiendo tal régimen de imputación de la misma manera a lo largo de su jurisprudencia. Es así como en el año 2011 definió la *falla del servicio* de esta manera:

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos

²⁷ CSJ CIVIL: Sentencia del 30 de junio de 1962.

u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía²⁸.

En lo referente a la prestación de servicios médico – hospitalarios autores como DAVID BLANQUER, han expresado que se debe aplicar este título de imputación en tanto no es viable establecer responsabilidad mediante los títulos objetivos, pues se estaría obligando a la administración a responder por todos los daños ocurridos en este ámbito, tratándolo como el asegurador universal. El mencionado autor lo expresa en los siguientes términos:

El hecho de que las administraciones públicas tengan algo que ver en casi todas las esferas de la vida de los ciudadanos no debe conducir a una interpretación distorsionada del Estado Social y Democrático de Derecho. Esa forma estatal debe ser rectamente interpretada, evitando cualquier desfiguración del llamado “Estado de Bienestar” que conduzca a identificarlo con el “Asegurador Universal” de todas las desgracias, incomodidades o molestias que sufran los ciudadanos; de lo contrario se rompería el equilibrio entre las garantías que protegen los derechos de los ciudadanos y las que tutelan el interés general²⁹.

Lo anterior ha sido corroborado por el Consejo de Estado:

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad

²⁸ CE 3: 7 de abril de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. No. 20750.

²⁹ BLANQUER, David. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Madrid, España. Ministerio para las administraciones Públicas. 1997. p. 21

estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio (...) ³⁰

Pese a lo anterior, se puede encontrar que tales pronunciamientos no son unánimes debido a que la intención del constituyente, al tenor de lo expuesto por JUAN CARLOS ESGUERRA en su ponencia del 22 de abril de 1991, tenía como fin que:

“Las autoridades públicas serán responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

(...)

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel Constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su

³⁰ CE 3: 24 de Febrero de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. No. 14170

imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la insuficiencia de la llamada „falta del servicio público”, dentro del cual no cabe todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial tales como el de la responsabilidad por „daño especial.

(...)

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella³¹.

En este título de imputación se debe acreditar, por parte del demandante, la ocurrencia del daño antijurídico alegado; la falta del servicio como tal, en donde se deberá probar que el servicio estatal no funcionó, funcionó de forma errónea o tardía; y el nexo causal entre el daño antijurídico y la falta en el servicio. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado ha dicho que:

El principal régimen de imputación de responsabilidad es de la tradicional falta del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falta del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falta del servicio.³²

³¹ Informe-ponencia del lunes 22 de abril de 1991. Gaceta Constitucional No. 56 citado por HENAO, Juan Carlos, “Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia” en *Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 766

³² Además se pueden ver las sentencias CE 3: 13 de septiembre de 1991 C.P. Carlos Betancur Jaramillo Exp. 6253, CE 3: 14 de febrero de 1992 C.P. Carlos Betancur Jaramillo Exp. 6477. CE 3: 11 de mayo de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. No. 14400.

Finalmente, es importante anotar que todos los títulos de imputación que se tratarán en este trabajo, los que se emplean en la responsabilidad por servicios médico – hospitalarios, se definen bajo las mismas condiciones del desarrollado en este acápite, pues se puede constatar que la diferencia entre estos radica en el tratamiento de la carga de la prueba, razón por la cual en los siguientes numerales se hablará de dicho tema.

1.2 FALLA PROBADA

Debe entenderse que este concepto se ve inmerso en la definición de falla del servicio, pues es viable considerar que tiene exactamente las mismas características, debido a que se define de la misma manera y al actor le tocará probar todos los elementos de la responsabilidad, que a saber son el hecho dañoso, la falla y el nexo causal entre uno y otro.

En este título de imputación corresponde al demandante probar todos los elementos de la responsabilidad del Estado, siguiendo los lineamientos que trae el principio de *onus probandi incumbit actori*, el cual alude a que “(...) la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio”³³.

³³ CE 3: 25 de febrero de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14170.

Este título de imputación es utilizado en los eventos de un mal servicio médico – asistencial por parte de la planta de médicos, ya sea por mal diagnóstico³⁴, por vulneración del principio de confianza legítima que tiene el paciente en su médico³⁵, por la prestación de dicho servicio de forma tardía³⁶, por el denominado oblito³⁷ quirúrgico³⁸, entre otros casos.

1.3 FALLA PRESUNTA

Antes de entrar a explicar en qué consiste este título de imputación se debe hacer una precisión, la cual versa sobre la definición de presunciones y las clases que hay, debido a que el título de imputación que se explicará a continuación realiza una presunción en contra de la administración pública. DEVIS ECHANDÍA define la presunción como aquel “(...) juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos”³⁹. El mismo autor manifiesta que hay 2 clases de presunciones: **a)** Aquellas que son creadas por el hombre o también llamadas judiciales, y **b)** aquellas que son creadas por el legislador. Las primeras deben considerarse como “(...) principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en

³⁴ Ver sentencias CE 3: 13 de septiembre de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp 6816, CE 3: 23 de junio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19101(4), entre otras.

³⁵ Ver sentencias CE 3: 26 de noviembre de 1992. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 6968, CE 3: 16 de junio de 1995. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 9166(1), entre otras.

³⁶ CE 3: 12 de agosto de 1993. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Exp. 7592, CE 3: 14 de diciembre de 2004. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 13923(1), CE 3: 18 de febrero de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18524.

³⁷ Según la RAE, este término hace referencia a objetos extraños dejados en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica.

³⁸ CE 3: 22 de mayo de 1996. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 11301(2), CE 3: 24 de marzo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 20836(1), entre otras.

³⁹ ECHANDÍA, Devís. *Teoría General de la Prueba Judicial – Tomo II*. Quinta Edición. Bogotá: Temis 2002. pp. 677 – 678.

realidad presunciones, sino reglas para el criterio del juez”⁴⁰. Aquellas que son creación del legislador “(...) no pueden existir sin norma legal expresa que la consagre; no puede ser obra de la costumbre o de la jurisprudencia. Las primeras [iuris tantum o de hecho] permiten probar en contrario el hecho presumido; [iuris et de iure o de derecho] no son y, por tanto, definitivas y concluyentes. Por tanto las iuris et de iure al presumir el hecho lo dan por cierto e indiscutible, y esta es la razón para que algunos piensen que no son verdaderas presunciones (...)”⁴¹. Por otro lado, se puede encontrar que las “(...) presunciones judiciales no influyen sobre la carga de la prueba, porque son principios de inexperiencia para valorar las pruebas y para determinar si un hecho se encuentra o no probado, sin que alteren en absoluto la aplicación de la regla ordinaria sobre la distribución de la carga; que las legales *iuris tantum* eliminan el hecho presumido del presupuesto factico para la producción de los efectos jurídicos perseguidos por quien las invoca e imponen a la otra parte la carga de probar el hecho contrario o la inexistencia del primero, y que las *iuris et de iure* se limitan a regular el primer aspecto”⁴².

Este aparente título de imputación no debe ser entendido como uno diferente a la falla del servicio, debido a que su definición es igual, en lo relativo a la prestación tardía, defectuosa o no prestación del servicio médico – hospitalario. La diferencia, según el Consejo de Estado, radica en que corresponde al demandante probar el daño y el nexo causal, pues aquí se le exonera de probar la falla del servicio, es decir, la falta de diligencia y cuidado que tuvo el médico u hospital en la realización de los procedimientos o tratamientos que se debieron aplicar al actor.

Lo anterior, surgió a partir del año 1990, fallo del 24 de octubre, en donde la jurisprudencia se empezó a cuestionar la carga probatoria de la falla del servicio que se venía usando, ya que como al actor le tocaba acreditar todos los elementos

⁴⁰ Ibidem p. 678

⁴¹ Ibidem p. 679

⁴² Ibidem p. 684.

de la responsabilidad se estaba generando una excesiva dificultad al momento de probar que los médicos actuaron de forma errada, pues el actor no tiene los conocimientos técnicos y científicos para poder determinar si se actuó de forma adecuada o no. Adicionalmente, se podía constatar que se presentaban ocasiones en las que para el actor era imposible probar la actuación negligente, imprudente o imperita, debido a que existen situaciones que la naturaleza del tratamiento lo impide. Tal fallo expresó que:

Para la Sala siendo obvio que el elemento culpa siendo claramente subjetivo y consistiendo bien en el error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del autor del daño o en la falta de previsión del resultado dañino previsible o en haberse confiado imprudentemente en poder evitarlo, cuando se previno, no es demostrable sino por sus manifestaciones externas que lleven al juez a la convicción de que el autor de un hecho dañino, contrario a norma expresa, legal o contractual o a la general de no inferir en injuria a la persona o propiedad de otro, incurrió en él por descuido o negligencia o con intención dolosa.

(...)

En casos de falla del servicio, pues, al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió o a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño.

(...)

Precisa ahora la Sala que la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, radica entonces, en que en la primera especie el perjudicado deberá

demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó mal (por tardanza en hacerlo o por haberse omitido) y que por ello se causó un daño; en cambio, en la segunda especie basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control⁴³.

De lo anterior es importante resaltar que ello no significa que al actor se le haya relevado de toda la carga probatoria, sino que ella se limitó a solo dos aspectos, los cuales son el hecho dañoso y el nexo causal entre el hecho y la falla, la cual es presumida. Es así como lo sostuvo el Consejo de Estado en las siguientes palabras:

(...) pero al demandante no se le releva plenamente de su *onus probandi*, sino que se reduce a los otros dos elementos de la responsabilidad, esto es, a la existencia del daño y a la relación de causalidad entre daño y falla del servicio⁴⁴.

De lo dicho anteriormente, se debe precisar que esta inversión de la carga de la prueba no implica que la responsabilidad se vuelva objetiva ni implica un factor de atribución de responsabilidad diferente, pues todavía se hace importante probar la culpa en el actuar médico, la cual es presumida pero ello no indica que no pueda ser desvirtuada por la entidad demandada. Adicionalmente se puede observar que con ello no se probaría el origen del daño.

⁴³ CE 3: 24 de octubre de 1990. Gustavo de Greiff Restrepo.

⁴⁴ CE 3: 4 de septiembre de 1997. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

1.4 CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA

Esta teoría involucra “(...) un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quienes están en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, o extintivos”⁴⁵.

Esta teoría, actualmente, no tiene consagración expresa en el Código de Procedimiento Civil⁴⁶, pero la Constitución⁴⁷ consagra ciertas normas y principios que en concordancia con la interpretación que se le da al artículo 4 del Decreto 1400 de 1970, que prevalezca la ley sustancial sobre el derecho objetivo con el fin de que los derechos reconocidos por la ley tengan una tutela efectiva. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es

⁴⁵ PEYRANO Jorge W., “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. 2004. pp. 19 – 20.

⁴⁶ Esta teoría si quedó consagrada en el artículo 167 inciso 2 del Código General de Proceso que entrará a regir a partir del 1 de enero de 2014. Este artículo dice textualmente que: “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”. Con esto se llenó un vacío legal que había en la normatividad colombiana, pues los jueces en ocasiones aplicaban dicha teoría pero sin tener un sustento legal.

⁴⁷ Artículos 1, 13, 29, 83, 95 numeral 7, 228, 229 y 230.

evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.

El artículo 4 del Código de Procedimiento Civil, por su parte, expresa la misma idea al afirmar que al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que le objeto, es decir, el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. También aquí la relación de medio a fin es ostensible⁴⁸.

Esta teoría fue acogida por el Consejo de Estado en el año 2000, en donde se dijo que había casos en los que el demandante no podía probar situaciones técnicas o científicas ajenas a su conocimiento, que requirieran que las cargas de la prueba se invirtieran a su favor, por tal razón es el juez el que debe determinar en qué casos se debe invertir y en qué casos no. A partir de este fallo el Consejo de Estado, en varias sentencias⁴⁹, empieza a aplicar esta teoría. En este sentido se ha expresado autores como JULIANA PÉREZ RESTREPO al decir que:

(...) para los casos específicos de responsabilidad administrativa por la actividad médica estaba determinada su aplicabilidad [cargas dinámicas de la prueba], lo cual no tomaba de sorpresa a la parte demandada; y sí constituye una grave desventaja para el paciente o su familia carentes de conocimientos científicos y técnicos para defenderse y probar a cabalidad el proceso.

(...)

⁴⁸ CCONST., C-449 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁹ CE 3: 22 de mayo de 1996. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 11301(1), CE 3: 24 de junio de 1998. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 10579, CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11.878, CE 3: 24 de mayo de 2001. C.P. German Rodríguez Villamizar. Exp. 12945(1), CE 3: 1 de julio de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14696(7649), CE 3: 24 de febrero de 2005. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 14259(1), CE 3: 1 de marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16308, CE 3: 27 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18285(1), entre otras.

Por criterios de equidad y de facilidad probatoria en los casos de responsabilidad médica, de una parte, la entidad pública en cabeza del equipo médico debería probar que en la intervención quirúrgica hubo diligencia y cuidado, pues es él quien posee el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para explicar lo que sucedió en el acto médico; esto en caso de establecerse que la entidad pública era quien estaba en mejores condiciones de probar. (...) Concluyéndose así, que el modelo que mejor apuntala la resolución de esta especie de conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos, es el de las cargas probatorias dinámicas⁵⁰.

En ese mismo sentido el Consejo de Estado se pronunció diciendo que:

En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas – cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relievan el principio de equidad – ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin

⁵⁰ PÉREZ RESTREPO, Juliana. “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica – Decaimiento de su aplicabilidad” en *Estudios de derecho*. Vol. LXVII, No. 152. (2011). p. 222.

duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión⁵¹.

Sobre este aparente título de imputación es importante destacar que, por la forma en la que fue aplicado, se presentaron problemas en derechos fundamentales de las partes en el proceso como son el debido proceso y el derecho a la defensa. Lo anterior se presentó porque el Consejo de Estado decidía aplicar dicho título de imputación en la sentencia, ocasionando que las partes no pudieran tener la oportunidad para probar los hechos que para tal corporación le correspondían, pues realizar tal inversión al final del proceso hacía imposible cumplir con tal carga. Adicionalmente se encuentra que con la aplicación de dicho título se vulneraba abiertamente la regla general de la carga de la prueba consagrada en el artículo 177⁵² del Código de Procedimiento Civil, pues este no permitía su aplicación, sino que establecía la obligación que tenía cada parte de probar el contenido factico de la norma que quería le fuera aplicada.

⁵¹ CE 3: 10 de febrero de 2000 C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11.878

⁵² Artículo 177. Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Sin embargo, a partir del año 2006 la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵³ abandonó la aplicación de dicho título por las razones que sintetiza así:

1. Se retira la carga dinámica de la prueba y se acoge de nuevo el régimen de la falla probada, por cuanto el Consejo de Estado considera que éste último resulta más equitativo.
2. Se aduce que el régimen de la falla probada se ajusta a la normatividad vigente, mientras que la carga dinámica de la prueba ha sido una creación de índole jurisprudencial que debe replantearse.
3. Cuando hay lugar a presumir la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos muy relevantes, tales como la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente.
4. Cuando la falla se presume, se traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones impersonales en las que se presta el servicio en las instituciones públicas, hacen muy difícil la demostración de todos los actos en los que dicho servicio se materializa.
5. Se determinó que la aplicación de la carga dinámica de la prueba traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para este momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, las que regularmente son muy incipientes.
6. La posición presentada en el anterior numeral, ha sido controvertida por los defensores de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual

⁵³ CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772.

les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria. No obstante, el mismo Consejo de Estado señaló que no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley, para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

7. Asimismo, se asevera que no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su sólo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes, como consecuencia de la prestación del servicio médico.

8. La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o por su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, en materia de responsabilidad estatal encuentran su solución con una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso (en particular de la prueba indiciaria), con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias, y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

9. Si se analizan los casos concretos se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones por lo general, sino en todos los casos, han estado fundadas en la prueba de la

existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes.⁵⁴

2. FORMAS DE ALIGERAMIENTO DE LA PRUEBA

De acuerdo con lo expresado con antelación, el mismo Consejo de Estado en repetidas ocasiones⁵⁵ ha manifestado que a las partes les resultó difícil o incluso imposible probar la falla del servicio. Por tal razón, estableció que el supuesto título de imputación anterior – cargas dinámicas de la prueba – se podía remplazar acudiendo a formas o mecanismos de aligeramiento probatorio que se derivan de la conducta procesal de las partes, que a saber son la regla *res ipsa loquitur* y el indicio de falla del servicio.

2.1 REGLA DEL RES IPSA LOQUITUR

La regla *res ipsa loquitur* es entendida como “(...) una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. (...) el demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido y la imputación del mismo a una entidad de derecho público; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de la culpa⁵⁶. Sin embargo, es importante anotar que tal regla no es invención del Consejo de Estado, pues esta ha sido aplicada y desarrollada por el

⁵⁴ PÉREZ RESTREPO, Juliana. “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica – Decaimiento de su aplicabilidad – en *Estudios de derecho*. Vol. LXVII, No. 152. (2011). pp. 215 – 217.

⁵⁵ CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772.

⁵⁶ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá. 2012. p. 109.

sistema jurídico denominado *common law*. Es así como el autor RICARDO LUÍS LORENZETTI que manifiesta:

En Estados Unidos se mantiene la regla de que pesa sobre el paciente la carga de probar la negligencia del médico y que ésta fue la causa del daño. Asimismo, se ha dicho que la carga no se cumple mostrando un resultado adverso, que la ley no pone sobre el demandado la carga de probar que ha obrado con diligencia y que “el hecho de que el paciente fallezca durante el tratamiento en sí mismo es insuficiente para imputar una presunción o inferir negligencia de parte del médico.”

Sobre esta base actúan las presunciones y la regla que comentamos. Es una regla probatoria por la cual la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa; también presume que la próxima causa del daño fue la culpa⁵⁷.

El mismo autor establece los requisitos para que dicha regla pueda aplicarse a un supuesto de responsabilidad por la prestación de servicios médico – hospitalarios, que a saber son:

- 1) Debe tratarse de un hecho que normalmente no ocurre sin negligencia. La mera rareza no es suficiente; debe surgir, a la luz de la experiencia pasada, la presunción de negligencia.
- 2) no se trata simplemente del resultado adverso. La negligencia debe aparecer, entre otras causas, como la más probable.
- 3) debe haber un control del paciente y del instrumental, si no hay posibilidad de control no hay culpa;

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Responsabilidad civil de los médicos*. Rubinzal – Culzoni, Tomo II. Buenos Aires. pp. 220 – 222.

4) no debe existir contribución causal o culposa de parte del paciente: se requieren tres condiciones:

- a) que el accidente sea de la clase que ordinariamente no ocurre en la ausencia de algún tipo de negligencia;
- b) que haya sido causada por un agente o por instrumental bajo el exclusivo control del demandado;
- c) que no haya existido control del demandado⁵⁸.

Doctrinantes como EUGENIO LLAMAS POMBO consideran a la regla *res ipsa loquitur* como una presunción reforzada de la culpa, toda vez que los hechos son más notorios, comparada con otras presunciones judiciales, por lo anterior ha argumentado que:

El principio *res ipsa loquitur* (*the things speaks for itself*) efectivamente no es sino una presunción, en virtud de la cual se permite deducir de un hecho probado y evidente la existencia de culpa. Hay veces en que “las cosas hablan por sí mismas”, no hace falta que hable el hombre, existe una *circumstantial evidence*, que permite inferir no sólo la causalidad, sino también la culpa: cuando se amputa la pierna equivocada, o se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, o se olvida una gasa o pinzas en la zona intervenida, o el odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, escaza o nula prueba requiere la culpa. Lo mismo sucede cuando el cirujano, en lugar del apéndice, corta otra parte del intestino, o el ginecólogo deja materia ovular en el curso de un raspado⁵⁹.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba* en SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda 2012. p. 111.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en múltiples providencias⁶⁰, al manifestar que:

El criterio de la corporación, en relación con los casos de oblitio quirúrgico, ha tenido por establecido que esos olvidos se consideran una culpa o falla probada a partir de la aplicación del sistema de aligeramiento probatorio *res ipsa loquitur*, es decir, las cosas hablan por sí solas.

(...)

En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada a partir de la máxima *res ipsa loquitur*, **lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio** entre el daño y la imputación. (Negrillas y subrayas fuera de texto)⁶¹

2.2 INDICIO DE FALLA DEL SERVICIO

Para explicar este medio de aligeramiento de la carga de la prueba es necesario hacer una breve explicación acerca de que es la prueba indiciaria (2.2.1), la diferencia que hay entre indicios y presunciones judiciales (2.2.2), y cuáles son sus requisitos (2.2.3); para finalmente explicar cómo es utilizado este tipo de prueba en la demostración del nexo causal y la falla del servicio médica (2.2.4), por el Consejo de Estado.

⁶⁰ CE 3: 22 de mayo de 1996. C.P. Jesús María Jaramillo Ballesteros. Exp. 11.301, CE 3: 19 de agosto de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.364, CE 3: 18 de julio de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.451, CE 3: 28 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20.087, entre otras.

⁶¹ CE 3: 24 de marzo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp 20.836.

2.2.1 Concepto de prueba Indiciaria. Se debe entender por indicio “... un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico – crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.”⁶²

“Ese indicio, probado por otros medios, es a su vez el vehículo o conducto que le suministra al juez los argumentos probatorios para formar su convencimiento sobre el hecho que se investiga. Es decir, los indicios son una de las varias clases de pruebas que deben ser probados a su vez, por otros medios.”⁶³

2.2.2 Diferencia entre Presunciones Judiciales e Indicios. La presunción judicial es “... un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran los peritos), que le sirven al juez para determinar el valor probatorio del inicio o de otra prueba cualquiera.”⁶⁴, en cambio, los indicios son hechos conocidos por medio de los cuales se infieren otros desconocidos.

Con lo anterior, se puede afirmar que el indicio es el medio de prueba, mientras que la presunción judicial es el fruto de la regla de la experiencia que permite estimar la prueba indiciaria, o cualquier otra, y no puede ser establecida ni como prueba ni como objeto de prueba. Por lo anterior, se puede afirmar que el indicio puede ser anterior o posterior al hecho que no se conoce que es objeto de prueba, mientras que la presunción se producirá necesariamente después de que el hecho

⁶² ECHANDÍA, Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial – Tomo II*. Quinta Edición. Temis. Bogotá. 2002. pp. 587.

⁶³ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá. 2012. p. 282.

⁶⁴ ECHANDÍA, Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial – Tomo II*. Quinta Edición. Temis. Bogotá. 2002. pp. 598.

que es investigado ya ha ocurrido y ya se provocó la prueba con la cual se intenta demostrar dicho hecho, y por tanto tal presunción se aplica a la regla general de la experiencia para percibir su eficacia o mérito.⁶⁵

2.2.3 Requisitos de la Prueba Indiciaria. El artículo 248 del Código de Procedimiento Civil⁶⁶ establece el requisito de los indicios, el cual es: **a)** la prueba plena del hecho indicador, es decir, que las circunstancias fácticas que sirven de fundamento para inferir las otras circunstancias se encuentren probadas de forma plena. Sin embargo, autores como DEVIS ECHANDIA⁶⁷, le otorgan otro requisito de existencia a los indicios el cual consiste en que exista una conexión coherente entre la situación de hecho que se investiga y el hecho probado.

Adicionalmente, el mismo autor establece unos requisitos para la validez de los indicios, los cuales son **a)** que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas, en legal forma, **b)** que no se hayan utilizado pruebas ilícitas o prohibidas por la ley, para demostrar el hecho indicador, **c)** que no exista una nulidad del proceso, que vicie las pruebas del indicio, y **d)** que la ley no prohíba investigar el hecho indicador o indicado.⁶⁸ Así mismo, DEVIS ECHANDIA establece los requisitos de eficacia de los indicios, los cuales son: **a)** la conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado, **b)** que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la causalidad o el azar, **c)** que se haya descartado la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de partes, **d)** que aparezca clara y cierta la relación de

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Artículo 248. Requisitos De Los Indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso. Norma que quedará reproducida en el artículo 240 del Código General del Proceso.

⁶⁷ ECHANDÍA, Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial – Tomo II*. Quinta Edición. Bogotá: Temis. 2002. p. 621.

⁶⁸ *Ibidem*. pp. 622 – 623.

causalidad entre el hecho indicador y el indicado, **e)** que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes, **f)** que los varios indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes, **g)** que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente, **h)** que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada. La univocidad o del conjunto de indicios, **j)** que se haya llegado a una conclusión final y precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez⁶⁹.

2.2.4 Acreditación de la Falla del Servicio por medio del Indicio. Este mecanismo de aligeramiento probatorio es utilizado por el Consejo de Estado en aquellos eventos donde es difícil o imposible demostrar, a través de una prueba directa, el nexo de causalidad entre el daño y la falla del servicio. En estos eventos el actor deberá probar el daño, la falla en el servicio y el nexo de causalidad, el cual podrá ser probado por medio de indicios, lo que permite que la falla del servicio sea probada partiendo de los indicios.

Sin embargo, es importante mencionar que el Consejo de Estado diferencia entre los conceptos de certeza y probabilidad siendo estos diferentes estados de convicción a los que puede llegar el juez en la acreditación del nexo causal. La diferencia entre estos dos conceptos es que "...la probabilidad ve los motivos convergentes y los divergentes, y los considera a todos dignos de ser tenidos en cuenta, aunque más los primeros que los segundos. En cambio, la certeza supone que los motivos divergentes de la afirmación no merecen racionalmente ser

⁶⁹ Ibidem. pp. 622 – 661.

considerados”⁷⁰. Tal posición se evidencia en la sentencia del 3 de mayo de 1999, en la que se dijo que:

(...) en consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño (...) el juez puede contenerse con la probabilidad de su existencia.⁷¹

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado otra sentencia, en la cual se dijo que:

(...) cuando se imposible esperar certeza o exactitud en esta materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia⁷².

Adicionalmente, es necesario dejar por sentado que el Consejo de Estado⁷³, contrario a lo manifestado por DEVIS ECHANDÍA⁷⁴, le otorga al indicio una concepción de ser una prueba de menor categoría en tanto que, sólo opera cuando no exista prueba directa, contrariando el principio de unidad probatoria, el cual consagra que todas las pruebas dentro del proceso se deben valorar de manera conjunta. Para el año 2006, la misma corporación inicia un viraje sobre la postura de los indicios, toda vez que comienza a usarlo pero no determina su fuerza probatoria, expresando lo siguiente:

⁷⁰ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal* en FERNÁNDEZ ORTIZ, Alejandra. “El indicio en la responsabilidad estatal por falla del servicio médico asistencial. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado” en *Estudios de derecho*. Vol. LXVIII. No. 151. (2011). p. 345

⁷¹ CE 3: 3 de mayo de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.169

⁷² CE 3: 7 de octubre de 1999. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12.655

⁷³ Ver sentencias CE 3: 7 de octubre de 1999. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12655, CE 3: 14 de junio de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11901 y CE 3: 1 de julio de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14696.

⁷⁴ ECHANDÍA, Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial – Tomo II*. Quinta Edición.. Bogotá: Temis 2002. p. 674.

En materia de responsabilidad medica se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que puede construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño⁷⁵.

En el mismo sentido, en providencia del año 2008, el Consejo de Estado argumenta que:

A pesar de que la relación de causalidad en materia medica es compleja (...), la Sala encuentra acreditado el nexo de causalidad en este caso con fundamento en que existen indicios que brindan un grado suficiente de certeza, (...) En efecto, la exposición del paciente a una cirugía que no comprometía su vida y que podía esperar, y la aplicación de anestesia sin una previa y completa evaluación de su estado neurológico, causaron un daño previsible y evitable toda vez que fue dicho procedimiento el desencadenante de la lesión que lo condujo a la muerte⁷⁶.

Es pertinente aclarar que los indicios han servido como medio de imputación tanto de la falla del servicio ginecobstetrica como de la falla del servicio médico – hospitalaria en general. Lo anterior, se fundamenta en las sentencias estudiadas⁷⁷ del Consejo de Estado, donde se pudo concluir que este “título de imputación” ha sido empleado la mayoría de los casos en los eventos de daño obstétrico.

⁷⁵ CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772.

⁷⁶ CE 3: 15 de octubre de 2008. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 16350

⁷⁷ CE 3: 7 de octubre de 1999. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12.655; CE 3: 14 de junio de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11.901; CE 3: 15 de agosto de 2002. Exp. 11.605; CE 3: 26 de marzo de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16.085; CE 3: 19 de agosto de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.364; CE 3: 7 de abril de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19.801; CE 3: 27 de abril de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20.502; CE 3: 28 de marzo de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.163.

En este mecanismo, la entidad demandada debe probar, en contra de lo demostrado por el actor mediante la prueba indiciaria, que tal hecho desconocido no es del todo cierto por haberse actuado con diligencia y cuidado o por la ocurrencia de una causa extraña al momento de la prestación del servicio médico.

3. CRITICA A LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN Y MÉTODOS DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO

Frente a los temas planteados anteriormente se pasará a realizar la crítica a todos los supuestos títulos de imputación que utiliza el Consejo de Estado para atribuir responsabilidad al Estado por fallas en el servicio médico – asistencial.

FALLA PROBADA: En este título de imputación se puede concluir que fue llamado así debido a que la manera de probar la falla del servicio era el tradicional, es decir, el consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, lo que permite concluir que verdaderamente a lo que se hace referencia es a la forma de probar la falla, pero este se fundamenta igualmente en la falla del servicio, que sería el verdadero título de imputación.

Adicionalmente, se puede concluir que con este régimen probatorio se vulneraba el derecho de defensa del demandante, pues se presenta una dificultad probatoria por tratarse de temas ajenos a su conocimiento, impidiendo que tal parte se pueda defender adecuadamente de las pruebas presentadas por el demandado, lo que ocasiona que no haya equilibrio entre las partes procesales. En este sentido se ha manifestado ENRIQUE GIL BOTERO al decir que:

(...) en síntesis, la dificultad probatoria en el esquema de la falla probada originaba graves injusticias, pues ubicaba a las víctimas ante una prueba

diabólica o ante un imposible de prueba en lo que concernía a la acreditación de la culpa o de la falla del servicio como uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad⁷⁸.

FALLA PRESUNTA: En este supuesto título de imputación se puede observar el mismo problema presente en el de la falla probada, el cual se centra en que fue llamado así en atención a su régimen probatorio, pues aquí se decía que la falla se presumía, de manera estática, y al demandante no le tocaba probar sino el hecho dañoso y el nexo causal, pero lo anterior no hacía que se tratara de otro título de imputación, diferente a la falla del servicio, pues este igualmente encontraba sustento en él.

Adicionalmente, se puede ver que con esa inversión de la carga de la prueba que hacia el Consejo de Estado se estaba vulnerado constantemente la regla legal probatoria, contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, pues aquí se consagra que la parte debe probar el supuesto fáctico de la norma que desea sea aplicada a su caso; y lo que es más grave es que tal regla se veía transgredida de manera permanente en la solución de los casos de responsabilidad médico – hospitalaria, pues tal inversión, en el Consejo de Estado, era estática, es decir, se aplicaba igual a todos los casos que se presentaba para dirimir.

CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA: Este aparente título de imputación, como ya se ha referido en repetidas ocasiones, alude a la actividad probatoria de las partes y no a la razón jurídica para atribuir responsabilidad al Estado por eventos médico – asistenciales.

⁷⁸ GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad médica y hospitalaria en el derecho público (panel)*. En CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia (Ed.) *Derecho médico – sanitario: actualidad, tendencias y retos (I)*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2008. pp. 180 – 181.

Adicionalmente, se puede establecer que esta teoría probatoria tiene diversas críticas, con las cuales se está de acuerdo por guardar armonía con el ordenamiento jurídico colombiano y con los principios y derechos procesales consagrados en la Constitución de nuestro país. Es así como RUTH STELLA CORREA PALACIO manifestó que:

(...) pues la definición del cual era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la provista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en que ya no tenía oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente⁷⁹.

En el mismo sentido ENRIQUE GIL BOTERO señaló:

El sistema de las carga probatorias dinámicas, bajo la postura establecida en el año 2000, desde la estructura del proceso, supone serios problemas de aplicación práctica, por cuanto asigna en cabeza del juez una función para la cual no existe una etapa procesal específica en el procedimiento contencioso administrativo, así como tampoco en el procedimiento ordinario civil.

Lo anterior, como quiera que la tesis planteada en la providencia, radica en el juez la obligación de señalar a las partes, las cargas probatorias que deben

⁷⁹ CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp 15772

asumir en caso concreto, pero, se olvida que en el trámite procesal, tal y como está diseñado en el sistema colombiano, es imposible de materializar, toda vez que no existe una etapa en la cual aquel interactúe con los sujetos procesales en donde les establezca que de manera clara y definida cuales son las obligaciones que asumen cada uno de ellos, en relación con los supuestos fácticos que van a ser objeto de debate en el proceso⁸⁰.

Con lo anterior se puede constatar que tal teoría, tal y como fue aplicada por el Consejo de Estado, vulneraba los derechos fundamentales y procesales al Debido Proceso y a la Defensa, pues tales cargas probatorias se definían en la sentencia y no al momento de decretar las pruebas, lo que generaba que las partes procesales no tuvieran oportunidad de probar los hechos que, según el juez, era responsabilidad de ellas.

Finalmente, y como si fuera poco, esta teoría no tiene consagración legal en el ordenamiento procesal colombiano vigente⁸¹, lo que llevaría a contrariar la norma jurídica, vulnerando así el principio de legalidad y seguridad jurídica.

OTROS MÉTODOS DE ALIGERAMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA:

Respecto a este punto se debe manifestar una vez más al lector que las formas de aligeramiento probatorio hacen fundar la decisión del juez en indicios o presunciones, y por tal razón las partes no tienen certeza del grado de convencimiento respecto de los hechos objeto de prueba, contrariando principios y derechos procesales. Al respecto ALEJANDRA ORTIZ FERNÁNDEZ señaló que:

⁸⁰ GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. 4^{ta} ed. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. pp.456 – 457.

⁸¹Tal y como se dijo en la nota 46 cabe anotar que tal teoría si está consagrada en el Código General del Proceso, el cual entrará a regir el 1 de enero de 2014, sin embargo, el Consejo Superior de la Judicatura dictamino que dicho artículo, 167 C.G.P. no entrara a regir en todo el país tal fecha, sino que lo hará de forma escalonada, trayendo consigo un problema en su aplicación puesto que la distribución judicial, distritos y circuitos, en la jurisdicción ordinaria no coinciden con los de la jurisdicción contencioso administrativa.

Se critica de la aplicación de las teorías de aligeramiento probatorio el hecho de que el Juez no sea consciente y por tanto no haga explícito en la valoración y sustentación probatoria que su decisión realmente se funda en la prueba indiciaria, con lo que produce confusiones a las partes, vulnerando así el principio de publicidad y por ende el de contradicción de la prueba. Solamente cuando el Juez y las partes sean conscientes de que en realidad se está fallando con base en indicios podrán con amparo en el principio de contradicción verificar que se cumplan los requisitos de existencia, validez y eficacia de los mismos⁸².

⁸² FERNÁNDEZ ORTIZ, Alejandra. "El indicio en la responsabilidad estatal por falla del servicio médico asistencial. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado" en *Estudios de derecho*. Vol. LXVIII. No. 151. (2011). pp. 353 – 354.

CAPITULO III: EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO POSIBLE SOLUCIÓN A LA INTERPRETACIÓN CAÓTICA DADA POR EL CONSEJO DE ESTADO A LOS APARENTES TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

En este capítulo se hará una breve explicación respecto de qué es el precedente judicial, la diferencia entre el precedente en materia constitucional y en materia contencioso – administrativa y la vinculación jurídica de ambos precedentes respecto de autoridades judiciales y administrativas. Adicional a esto se hará una presentación de las figuras, tanto histórica como actual, en las que se puede utilizar el precedente en materia contencioso – administrativa según el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para, finalmente, establecer por qué se piensa que la figura del precedente administrativo es una solución al caos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, estableciendo a su vez las críticas que se le pueden formular a esas figuras.

1. PRECEDENTE JUDICIAL

1.1 ¿QUÉ ES EL PRECEDENTE JUDICIAL?

El precedente judicial ha sido definido de varias formas entre las cuales se puede destacar la producida por BELL, el cual manifiesta que el concepto *precedente* se compone de dos ideas, que a saber son: “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes, y exigir a los jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”⁸³. A su vez RODRIGO UPRIMNY ha definido el precedente como “...el principio o regla que, más allá de las particularidades irrelevantes de

⁸³ J. BELL. *Sources of Law*” citado por BERNAL PULIDO, Carlos: “El precedente en Colombia” en *Revista derecho del Estado*. N° 21 (2008). p. 82.

un caso fallado, constituye la fuente directa de la decisión tomada, al tener un vínculo estrecho e inescindible con la parte resolutive de la misma y que, además, sirve para resolver casos idénticos posteriores al ser lo realmente obligatorio de una sentencia judicial, en virtud del principio constitucional de igualdad⁸⁴.

Para establecer qué constituye precedente, es necesario hacer una distinción, pues se constituye de manera distinta en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado a como se constituye en la Corte Constitucional. Por lo anterior, se puede establecer que “Si se trata de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. (...) En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisprudencia ordinaria. Tanto el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen “doctrina legal probable” y conforman un precedente⁸⁵.

Por otro lado, el precedente judicial es una figura que posee un impacto muy alto en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto así que no necesita de una norma jurídica que consagra la existencia de este, y con ello no se estaría vulnerando el principio de legalidad pues los jueces fallan en derecho y, adicionalmente, se puede decir que la interpretación de una norma hace parte de la misma norma jurídica y por tanto cuando se aplica tal precedente se estaría aplicando, finalmente, la norma. Al respecto CARLOS BERNAL PULIDO manifiesta que hay una tesis optimista frente al precedente, la cual, evidentemente, ha sido reconocida por la jurisprudencia comparada con pronunciamientos donde se desconocía el valor normativo de dicha figura. Dicha tesis se compone de tres

⁸⁴ BOTERO, Catalina, JARAMILLO, Juan Fernando, UPRIMNY, Rodrigo, (et. al), Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Andiaros, Fundación Konrad Adenauer y de justicia, Ed. Legis S.A. Bogotá, Primera Edición 2006, pp. 23 - 24.

⁸⁵ BERNAL PULIDO, Carlos: “El precedente en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*. No. 21 (2008). p. 90.

argumentos, que a nuestro juicio son contundentes a la hora de exponer la trascendencia jurídica del precedente. Al respecto, el mencionado autor ha dicho que:

El primer argumento destaca la imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. Esta imposibilidad hace que carezca de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y enajenar a su producto – la jurisprudencia – la posibilidad de convertirse en fuente de derecho.

El segundo argumento señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar 1. La coherencia del sistema jurídico – si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar - ; 2. su estabilidad – la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación - ; y 3. el respeto del principio de igualdad – el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presente y futuros.

El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica⁸⁶. Por otra parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial. La independencia

⁸⁶CARLOS BERNAL PULIDO dice que la tesis escéptica descrea de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del constituyente esta interpretación sostiene que la constitución definió a la ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial. Además, esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del *stare decisis* es propio del modelo de “*case law*”, incompatible con nuestro sistema de derecho continental. BERNAL PULIDO, Carlos: “El precedente en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*. No. 21 (2008). p.85

judicial se garantiza cuando el juez está vincula al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resultado casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes⁸⁷.

1.2 DIFERENCIA ENTRE EL PRECEDENTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y EN MATERIA CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA

Respecto a este tema se puede establecer dos diferencias entre el precedente en materia constitucional y en materia contencioso – administrativa, las cuales hace referencia a la entidad que dicta el precedente y al efecto que generan.

Así las cosas se puede establecer que el precedente constitucional es emitido por la Corte Constitucional con ocasión de la revisión de la constitucionalidad de las normas jurídicas colombianas y de la revisión de los fallos de tutela emitidos por los jueces de menor rango funcional, los cuales se encuentran en el *decisum* y *ratio decidendi*. En ese sentido, la Corte Constitucional ha expresado que:

...la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o "dichos de paso", no tienen poder

⁸⁷ BERNAL PULIDO, Carlos: "El precedente en Colombia", en *Revista Derecho del Estado*. No. 21 (2008). p. 86

vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación⁸⁸.

En cambio, el precedente en materia contencioso – administrativo es dictado por el Consejo de Estado, el cual se encuentra en tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho. Así mismo, este precedente puede ser unificado bajo los criterios y requisitos establecidos por el CPACA, los cuales se explicarán más adelante.

Por otro lado, se puede establecer que el alcance del precedente en materia constitucional tiene mayor fuerza que en materia contencioso – administrativo, debido a que la Corte Constitucional es el guardián supremo de la norma superior y por tal razón sus decisiones y fallos deben ir acorde a los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados en la administración de justicia. Es así como la Corte se ha pronunciado al decir que:

Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar

⁸⁸ CCONST., SU – 1300 de 2011. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas⁸⁹.

En cambio, el precedente en materia contencioso – administrativa es entendido, por el mismo Consejo de Estado, como un criterio auxiliar respecto de la administración de justicia. Tal afirmación se fundamenta en que el legislador no le ha establecido la obligatoriedad de ceñirse al precedente, y por el contrario, de manera expresa, si se consagró expresamente el carácter de doctrina probable. Adicionalmente, consideran que el precedente en materia contencioso – administrativa no tiene el carácter de perpetuo, pues si se le otorgara tal característica se estaría vulnerando la discrecionalidad de los jueces. Es así como el Consejo de Estado se ha pronunciado diciendo que:

En el Derecho Colombiano la jurisprudencia sólo constituye criterio auxiliar para el administrador de justicia, de invaluable apoyo para la actividad judicial (art. 230 Carta Política), sin que sea viable entender que existiendo precedente jurisprudencial, ello constituya fuente formal o material de ley o del derecho positivo. Son muchos los casos históricos en los cuales una posición jurisprudencial ha sido variada, al considerarse que el cambio responde en

⁸⁹ CCONST., SU – 047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Días y Alejandro Martínez Caballero.

mejor forma a los principios del derecho y a los deberes del juez en pro de la justicia⁹⁰.

Así mismo ha dicho que:

En Colombia es claro que el legislador no hizo obligatoria la jurisprudencia, ya que expresamente le da el carácter de doctrina probable y señala que los jueces podrán o no aplicarla en casos análogos. No sobra recordar que por mandato constitucional, en nuestro país los jueces, para dictar sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. En síntesis, la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar de la actividad judicial, de modo que el juez al momento de fallar estudiará esta jurisprudencia y la acogerá si la encuentra razonable, pero podrá separarse de ella si la encuentra irracional, ya que no está obligado a seguirla. En conclusión, teniendo en cuenta lo anterior, fue acertada la decisión del Magistrado Luis Rafael Vergara de no considerar las sentencias como pruebas documentales, sino como un criterio auxiliar que podrá aplicar en el momento procesal adecuado, en uso de su autonomía funcional⁹¹.

En el mismo sentido ha expresado que:

El respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento. No obstante lo anterior, el respeto al precedente judicial no puede ser entendido de manera absoluta, pues no se trata de petrificar la interpretación judicial ni de convertir el criterio de una autoridad en el único posible para resolver un asunto concreto, simplemente se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales que subyacen a la

⁹⁰CE 3: 29 de noviembre de 2004. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁹¹CE 3: 22 de julio de 2010. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

defensa del precedente. Por lo dicho, se ha admitido la posibilidad de que tanto los jueces como los magistrados en virtud de su autonomía e independencia (artículo 230 C.P.) puedan apartarse del precedente siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: “a) Se refieran al precedente anterior y b) Ofrezcan argumentos razonables suficientes para su abandono o cambio. Tratándose de jueces colegiados la garantía de autonomía e independencia les permite a los miembros discrepantes salvar su voto, pero cuando actúan como ponentes deben respetar los precedentes establecidos por la Corporación como órgano de decisión”. A partir de lo expuesto, se tiene que a situaciones fácticas iguales corresponde la misma solución jurídica, a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente⁹².

Sin embargo, y contrario a lo anterior, se puede encontrar en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, condenó a un juez de la República por apartarse del precedente judicial sin tener justificación o argumentación adecuada para hacerlo. Al respecto la Corte ha dicho que:

El apelante funda su argumento en que la jurisprudencia vigente carece por completo de fuerza normativa, como para que su desconocimiento injustificado pueda configurar el delito de prevaricato.

Frente a la anterior postura defensiva, la Sala de Casación Penal tiene dicho que son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia.

Entre los motivos que apoyan la tesis que le otorga poder normativo y, por lo tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes se tiene el de la

⁹² CE 3: 5 de abril de 2011. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos.

A su turno, la coherencia del sistema constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes.

Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros.

Y aun cuando es cierto que a los jueces, en virtud del principio de autonomía judicial, les corresponde determinar el contenido e interpretación de la ley, también lo es que tal principio no tiene el alcance que pretende darle el impugnante, en el sentido de que el desconocimiento del precedente vigente por parte del Juez Promiscuo **Luis Manuel Castillo Mercado**, carece de relevancia.

Ahora bien, de manera concordante con lo dicho en precedencia, no se trata de que el acatamiento del precedente se convierta en un método rígido de aplicación de la ley que imponga criterios inamovibles. Por el contrario, la Corte tiene dicho que la jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que, en un momento dado, hayan podido incurrir los altos Tribunales pero, se reitera, lo cierto es que la jurisprudencia es en verdad una fuente formal y material de derecho, de la cual se deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas.⁹³

1.3 VINCULACIÓN JURÍDICA DE AMBOS PRECEDENTES

En este tema se debe hacer una distinción, pues son diferentes los efectos que genera la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, por tratarse de altas cortes o tribunales de cierre, comparado a los que genera la administración pública en la toma de decisiones.

Es así como los precedentes emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se hacen vinculantes para todas las entidades administrativas o

⁹³ CSJ PENAL: Sentencia del 10 de abril de 2013. Ver también la sentencia de la Corte Constitucional C – 335 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

judiciales de menor rango, sin importar la jurisdicción⁹⁴ a la que pertenezcan. En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al decir que:

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política⁹⁵.

⁹⁴ Es importante establecer que los conceptos de **Jurisdicción** y **Competencia** son diferentes y tienden a confundirse, tal y como lo hizo la Constitución Política de 1991, pues la competencia, tal y como lo dice FABIO NARANJO OCHOA Y CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ, es la capacidad o actitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos, durante una determinada etapa del proceso, ella está delimitada en forma precisa por el legislador, sin que sea viable asignarla por razones de mera conveniencia. *Derecho Procesal Civil: parte general*. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 2012. p. 177.

Por el contrario la Jurisdicción, tal y como la define la Corte Constitucional, es la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia que le asigna la ley. CCONST., C – 145 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁵ CCONST., C – 539 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional ha entendido que su precedente es vinculante para todas las entidades administrativas y judiciales, incluso a los tribunales de cierre, por tratarse de un precedente construido en los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados en la administración de justicia, para así poder desarrollar sus intereses y derechos individuales. Así tal, Corporación ha manifestado que:

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. Ahora bien, podría afirmarse que la necesidad de preservar la seguridad jurídica no es una finalidad constitucional que por sí misma justifique una limitación de la autonomía judicial para interpretar y aplicar el ordenamiento. En esa medida, los jueces tampoco estarían constitucionalmente obligados a seguir formalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema en virtud de la necesidad de preservar la seguridad jurídica. Sin embargo, ésta tiene un valor instrumental indiscutible como garantía general para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas.

La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se

encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

Con todo, podría decirse que la coherencia en cuanto al sentido y alcance de la ley está garantizada con el principio de la doble instancia, y los demás recursos judiciales ante los jueces superiores. Ello es cierto. Sin embargo, el derecho de acceso a la administración de justicia implica la pronta resolución de los litigios. De aceptarse la facultad omnímoda de los jueces para interpretar la ley, sin consideración de la doctrina de la Corte Suprema, nada impediría que los sujetos procesales hicieran un uso desmedido de los diversos recursos judiciales, sin tener elementos para inferir la plausibilidad de sus pretensiones y de sus argumentos jurídicos. Mediante la interpretación y aplicación consistente de la ley por parte de toda la jurisdicción ordinaria, en cambio, se impide el ejercicio desmedido e inútil del derecho de acceso a los diversos recursos, que congestiona los despachos judiciales e impide darles pronto trámite a los procesos⁹⁶.

Así mismo, la Corte ha expresado que:

La obligatoriedad de los precedentes constitucionales cobija a todas las autoridades judiciales y administrativas, quienes en desarrollo de sus competencias constitucionales están obligadas a acatar el principio de legalidad, y deben someterse y cumplir lo dispuesto en la normatividad superior. Así, frente al claro enfrentamiento entre una disposición legal vigente y normas constitucionales amparadas por reglas judiciales vinculantes, la autoridad administrativa debe cumplir de manera preferente los postulados consagrados en la Constitución Política, sin eludir el respeto a la ley⁹⁷.

⁹⁶ CCONST., C – 836 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁷ CCONST., T – 110 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva.

2. FIGURAS RELEVANTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PRECEDENTE CONSAGRADAS EN EL CPACA

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE LAS FIGURAS

En este punto se hará un breve recuento histórico de las figuras consagradas en el CPACA, con el ánimo de concluir que tales figuras no son una nueva invención por parte del legislador, sino que estas ya habían sido consagradas, bajo diferentes nombres, en el ordenamiento jurídico colombiano, pero fueron derogadas, hasta su nueva consagración en el CPACA.

Es así como en la Ley 11 de 1975 se consagró el recurso extraordinario de súplica⁹⁸, el cual fue derogado posteriormente debido a varias dificultades que presentó, como fueron la congestión judicial que produjo en el Consejo de Estado. Posteriormente se consagró el recurso extraordinario de anulación⁹⁹ en el Decreto 01 de 1984. Después de la expedición del Código Contencioso Administrativo se consagró, nuevamente, el recurso extraordinario de súplica en la Ley 446 de 1998,

⁹⁸ JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ manifiesta que: “El recurso extraordinario de súplica fue un recurso nuevo en su estructura, tal como lo trajo la Ley 446 de 1998, en su artículo 57, para integrar el texto del artículo 194 del Decreto 01 de 1984, antiguo extraordinario de anulación, suprimido por el decreto 597 de 1988. Éste estaba regulado en el artículo 130 C.C.A con una finalidad diferente, pues procedía contra los actos interlocutorios y contra las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones del Consejo de Estado, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena Contenciosa, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. Sin embargo bajo la vigencia de la Ley 446 de 1998, artículo 57, sólo procedía contra las sentencias ejecutoriadas, proferidas por cualquiera de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, pero no por contravenir a las disposiciones de la Sala Plena, sino por violación directa de la ley sustancial.” El mismo autor, respecto la desaparición del recurso extraordinario de súplica, argumenta: “Sin embargo, por el carácter poco práctico del recurso, ya que el índice de casos resueltos era inferior al 7% de los recursos presentados y teniendo en cuenta la numerosa formulación de los mismos, con grave perjuicio a la celeridad de la justicia, fue suprimido definitivamente el recurso extraordinario de súplica con la Ley 954 de 2005 a partir de este año”. Ver *Derecho procesal administrativo*. 8ª edición. Librería jurídica Sánchez. Medellín. 2013. pp. 816 – 818.

⁹⁹ JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ al respecto expresa que: “ El Código de 1984, introdujo el recurso extraordinario de anulación como un verdadero recurso de casación en la jurisdicción contenciosa administrativa, contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los tribunales administrativos, cuando quiera que ellas fueran directamente violatorias de la Constitución Política o de la ley sustantiva.” Artículo: *20 años de vigencia del Código Contencioso Administrativo*. Revista electrónica de difusión científica. Universidad Sergio Arboleda. Civilizar 5. 2003.

que fue derogado por la Ley 954 de 2005, para finalmente llegar a la consagración, en el CPACA, de las figuras de Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en sede administrativa y sede judicial.

2.2 RAZONES POR LAS CUALES LAS FIGURAS RELACIONADAS CON EL PRECEDENTE EN MATERIA CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVA, CONSAGRADAS EN EL CPACA, SE EXPLICARÁN EN DESORDEN.

Las figuras a las que se hará referencia que hacen alusión al precedente en materia contencioso – administrativa se explicarán en desorden comparado a como fueron consagradas en el CPACA, debido a que se empezará con el artículo 10 que es el que da pie y abre la puerta para poder hablar de un precedente en esta jurisdicción. Después se pasará a explicar el artículo 270, pues este es el que hace referencia a las sentencias de unificación, figura relevante para entender cómo funcionan dos instituciones que la preceden, como lo son la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades (artículo 102) y la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado (artículo 269). Finalmente se aludirá al recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado (artículos 256 a 258), debido a que esta figura es un método distinto para generar el precedente.

2.3 DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA – ARTÍCULO 10 DEL CPACA.

Este artículo es la puerta de entrada a las figuras consagradas en los artículos 102, 269 y 270 del CPACA, el cual consagra textualmente que:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los

mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Es importante resaltar que este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en el entendido de que se debía tener en cuenta, también, el precedente constitucional, de forma preferente, por ser obtenido en la interpretación de la Constitución, que es la norma de normas. Es así como la Corte expresó que:

... ese deber de acatamiento del precedente cobra mayor intensidad cuando se trata de la jurisprudencia constitucional. Ello en el entendido que, como se ha explicado, las normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes de derecho, entonces las decisiones que determinan su contenido y alcance son ineludibles para la administración, pues lo contrario significaría desconocer la vigencia del principio de supremacía constitucional y los efectos vinculantes erga omnes que el artículo 243 C.P. confiere a esos fallos¹⁰⁰.

Adicionalmente, es importante resaltar que la finalidad del artículo 10 del CPACA es dual, en tanto que consagra, por una parte, el deber de aplicación uniforme de las normas en los casos con igual fundamento de hecho y de derecho; y por la otra, hace referencia a la aplicación de las sentencias de unificación que profiere el Consejo de Estado como mecanismo idóneo para la obtención del primer fin. Lo anterior, debe ser aplicado y entendido en los términos del principio y derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, pues este artículo 10 es una

¹⁰⁰ CCONST., C – 634 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva.

manifestación de dicho principio. Al respecto ARBOLEDA PERDOMO establece lo siguiente:

En relación con la obligatoriedad en la aplicación uniforme del derecho es claro que ello es una parte esencial de derecho a la igualdad, pues el artículo 13 constitucional y el artículo 3 numeral 2 del nuevo Código Contencioso ordenan dar el mismo trato a todas las personas por parte de las autoridades, de suerte que el artículo 10 que se comenta es una consecuencia obligada de dicho principio¹⁰¹.

2.4 EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En este procedimiento se encuentra que puede ser utilizado tanto en sede administrativa como en sede contencioso administrativa, pues así fue consagrado en el CPACA en los artículos 102 y 269, respectivamente, los cuales serán explicados más adelante.

Adicionalmente, en la lectura de ambas figuras se encuentra que un punto fundamental es el concepto de **sentencias de unificación**, pues son estas las que se extienden. Por tal razón el mismo CPACA las define de la siguiente forma:

Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las

¹⁰¹ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2012. p. 31

relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009¹⁰².

Con la lectura del artículo anterior se puede concluir que estas sentencias se podrán encontrar tanto en la jurisprudencia anterior al código como en la posterior, pues los eventos que se consagran para poderse pronunciarse por medio de sentencia de unificación no se supeditan a la expedición de la norma. Es en ese mismo sentido que ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO se pronuncia al decir que:

Es conveniente advertir que la redacción del artículo que se comenta [270] incluye no sólo las sentencias que se expidan en estas condiciones a partir de la vigencia del estatuto, sino también las que haya proferido el Consejo de Estado en los procesos citados¹⁰³.

Adicionalmente, con el artículo anterior, 270, se introdujo un hecho, en el cual el Consejo de Estado podía dar lugar a un precedente, el cual se refiere a los procesos o casos en donde se dicten sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, razón por la cual el Código, en su artículo 271¹⁰⁴, consagro como

¹⁰² Artículo 270 del CPACA.

¹⁰³ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2012. p. 405.

¹⁰⁴ Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

debía conocer el Consejo de Estado, de los procesos en los cuales se pueda dar la expedición de dichas sentencias.

2.4.1 Artículo 102 del Cpaca.

El artículo 102¹⁰⁵ del CPACA alude a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.

¹⁰⁵ Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.

Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

En este artículo se consagran los requisitos y procedencia de esta figura ante la administración pública. Es importante resaltar que para que se pueda aplicar este artículo es necesario, fundamentalmente, que el peticionario se encuentre en igual situación fáctica y de derecho, que la consagrada en la sentencia de unificación, pues con la sola ausencia de este requisito dicha petición no prosperará. Este requisito es entendido por ARBOLEDA PERDOMO en estos términos:

(...) a la ocurrencia de la misma situación de hecho y de derecho. El tercero que solicite la extensión de los efectos de un fallo debe estar en la misma situación jurídica de la parte que obtuvo la decisión judicial que invoca en su favor, esto es en el aspecto fáctico, entendido por el la situación de hecho de la norma o conjunto de normas que aplicó la sentencia de unificación, de donde se desprende que el solicitante es acreedor al efecto o sanción legal de esas normas, que es aquello que reconoció la sentencia de unificación y por tanto es el objeto de la petición de extensión¹⁰⁶.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

¹⁰⁶ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2012. pp. 164 – 165.

Respecto de esta institución es importante cuestionarse si es necesario probar los hechos del caso al que se le aplicara dicha figura, pues si bien es cierto son similares o análogos, ¿se debe entender que ya están probados?, o si por el contrario es necesario que las partes desplieguen una actividad probatoria en donde se demuestre que los hechos que alega el actor si pasaron, y por tanto se le debe aplicar tal figura.

2.4.2 Artículo 269¹⁰⁷ del Cpaca

Este artículo alude al recurso de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado ante esta misma corporación.

¹⁰⁷ Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

<Inciso modificado por del artículo 616 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Del escrito se dará traslado a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término común de treinta (30) días para que aporten las pruebas que consideren. La administración y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán oponerse por las mismas razones a las que se refiere el artículo 102 de este código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanudará el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

Con lo anterior, se pueden establecer ciertas características¹⁰⁸ evidentes en este procedimiento, las cuales son:

- Se trata de un procedimiento sumario, y no de conocimiento, que contiene un trámite especial. Lo anterior se justifica en que la decisión que el juez tomará se hará bajo un método bastante rápido por medio de una averiguación, también, muy ágil. Adicionalmente, se encuentra que como este recurso va después de una actuación administrativa, la tarea del Consejo de Estado es meramente revisar dicha decisión.
- Sólo está legitimado para utilizarlo aquella persona a la que se le ha negado o se haya configurado el silencio administrativo negativo, ante la petición de dicha extensión ante la autoridad competente. En este punto se puede establecer que las únicas posibilidades de negar la petición son las consagradas en el artículo 102¹⁰⁹ del CPACA, a saber: **1)** necesidad de un periodo probatorio, **2)** exponer las razones por las cuales considera que el peticionario se encuentra en una situación diferente a la de la sentencia de unificación, y **3)** explicar las razones por las que considera que las normas que deben aplicarse no deben interpretarse como lo hizo el Consejo de Estado. Si se hace por la tercera razón, la administración tendrá una carga argumentativa más fuerte, pues se está separando del precedente sentado por el Consejo de Estado. Adicionalmente, se puede

¹⁰⁸ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2012. pp. 401 – 402.

¹⁰⁹ 1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

dar una negación total o parcial por parte de la administración, razón por la cual la petición girará en torno a lo negado por la administración.

- El objeto de la decisión del Consejo de Estado está limitado al de la petición de extensión de jurisprudencia. Lo anterior quiere decir que el Consejo de Estado solo se pronunciará sobre si hay derecho o no a la extensión de la jurisprudencia, lo que no implica una cosa juzgada sobre el derecho que, eventualmente, pueda tener el solicitante, pues como aquí se trata de una función revisora, no puede compararse con la decisión de un proceso ordinario, en donde sí se pronuncian de fondo sobre los derechos que se pidan.

Respecto al punto que establece ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, sobre la posibilidad de apartarse del precedente judicial, es necesario dejar claro que para hacerlo se tiene que estar inmerso en cuatro circunstancias, las cuales son explicadas por CARLOS BERNAL PULIDO, de la siguiente forma:

Que el juez encuentre que, a pesar de las similitudes existentes entre el caso juzgado por la alta corte y el que él esta juzgado, existen ciertos aspectos que no fueron considerados en el primero que hacen imposible su aplicación en el segundo caso. Estas diferencias fundamentales entre un caso y otro deben versar sobre la *ratio decidendi* de la sentencia que contiene la solución del primer caso.

Que el juez encuentre que la jurisprudencia que ha sido aplicado correctamente en un determinado momento social, no es viable aplicarla al momento social en el que el juez se encuentra fallando. Aquí se debe encontrar un error de idoneidad respecto de la jurisprudencia anterior al caso que se está juzgando, en donde la carga argumentativa que tiene el juez versan sobre asuntos facticos y no jurídicos.

Que el juez encuentre que la jurisprudencia que generó el precedente es errónea porque contraía los principios, valores, objetivos y derechos en los que se fundamenta el orden jurídico. En estos casos también es posible que la alta corte modifique su precedente para no mantener las injusticias que se han presentado en el pasado con la aplicación de este.

Que el juez posterior encuentre que se ha producido un cambio en las normas jurídicas o constitucionales, el cual es relevante y ya no coincide la *ratio decidendi* que generó el precedente con las normas vigentes¹¹⁰.

Por otro lado, es importante dejar claro que en este procedimiento es necesario que se agote un periodo probatorio respecto de los hechos, del daño y los perjuicios del caso en particular del peticionario, pues con el aporte de la sentencia de unificación lo único que se prueba es la existencia de un precedente en la materia y demostrar que las circunstancias de hecho y de derecho de la sentencia son similares a las del peticionario. Lo anterior encuentra sustento en el inciso segundo del artículo 269 del CPACA, pues allí se otorga un término de 30 días para aportar pruebas. Tal inciso expresa lo siguiente:

Del escrito se dará traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere. La administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este Código¹¹¹.

Así mismo, nos parece pertinente diferenciar dos situaciones que se pueden presentar en este procedimiento, las cuales son que se niegue la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado o que se conceda tal extensión, debido a

¹¹⁰ BERNAL PULIDO, Carlos: "El precedente en Colombia", en *Revista Derecho del Estado*. No. 21 (2008). pp. 91 – 93.

¹¹¹ Artículo 269 inciso segundo del CPACA.

que nos parece importante porque ambas situaciones tienen efectos diferentes. Es así como se puede establecer que si es negado la extensión de la jurisprudencia, la providencia que resuelve será un auto y el peticionario podrá acudir nuevamente a la jurisdicción mediante el medio de control de Reparación Directa para que un juez determine si tiene o no el derecho. Adicionalmente, en esta situación se genera una suspensión del término de caducidad del medio de control ordinario. En cambio, si la extensión fue concedida, la providencia que resuelve será una sentencia la cual tendrá los mismos efectos que los de una sentencia de un procedimiento ordinario, es decir, tendrá efecto de cosa juzgada, razón por la cual no podrá acudir a la jurisdicción nuevamente.

Finalmente, se considera relevante expresar que dicha figura en vez de ser un medio a través el cual el ciudadano de a pie pueda instaurar dicho procedimiento ante el Consejo de Estado sin intermediación de un abogado, y que por tal razón sea más informal, expedito y sumario, requiere los conocimientos de un profesional del derecho, toda vez que el periodo probatorio requiere de conocimientos técnicos en tanto que hay hechos que deben ser probados como lo establece la ley expresamente, tal como el matrimonio, la muerte, la consanguinidad, entre otros, y para poder probar tales hechos se debe conocer la ley para saber cómo se deben probar. Adicionalmente, se debe tener en cuenta la situación de congestión judicial en la que se ve inmersa el Consejo de Estado, pues este es un factor determinante, debido a que con este procedimiento, como se va a ir directamente a tal corporación, se podría congestionar más, ocasionando que los procesos ordinarios y las demás actividades que deba hacer el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa se demoren mucho más de lo que ya se está demorando actualmente.

2.5 RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Este recurso está consagrado en los artículos 256 a 268¹¹² del CPACA.

¹¹² Artículo 256. Fines. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

Artículo 257. Procedencia. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso:

1. Noventa (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad.

2. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad.

3. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales.

4. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mensuales legales vigentes, en los procesos sobre contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes.

5. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de reparación directa y en las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas.

El recurso de unificación de jurisprudencia no procederá para los asuntos previstos en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución Política.

Artículo 258. Causal. Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Artículo 259. Competencia. Del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia previsto en este capítulo conocerá, según el acuerdo correspondiente del Consejo de Estado y en atención a su especialidad, la respectiva sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación.

Artículo 260. Legitimación. Se encuentran legitimados para interponer el recurso cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia, quienes deberán actuar por medio de apoderado a quien se haya otorgado poder suficiente; sin embargo, no se requiere otorgamiento de nuevo poder.

Parágrafo. No podrá interponer el recurso quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando el fallo de segundo grado sea exclusivamente confirmatorio de aquella.

Artículo 261. Interposición. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Administrativo que expidió la providencia, a más tardar dentro los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta.

En el auto en el que el Tribunal, en Sala de Decisión, conceda el recurso ordenará dar traslado por veinte (20) días al recurrente o recurrentes para que lo sustenten. Vencido este término, si el recurso se sustentó, dentro de los cinco (5) días siguientes remitirá el expediente a la respectiva sección del Consejo de Estado. Si no se sustenta dentro del término de traslado el recurso se declarará desierto.

La concesión del recurso no impide la ejecución de la sentencia, salvo cuando haya sido recurrida totalmente por ambas partes y por los terceros reconocidos en el proceso, pero aun en este caso si el recurso no comprende todas las decisiones, se cumplirá lo no recurrido.

Artículo 262. Requisitos del recurso. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá contener.

1. La designación de las partes.
2. La indicación de la providencia impugnada.
3. La relación concreta, breve y sucinta de los hechos en litigio.

La figura anterior surgió luego de un debate extenso en la Comisión de Reforma del Código de lo Contencioso Administrativo, el cual giró bajo cuatro posiciones distintas, las cuales consistían en: **a)** que el único recurso posible para unificar

4. La indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento.

Artículo 263. Cuantía del interés para recurrir. Cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y este no aparezca determinado, antes de resolver sobre la concesión del recurso, el ponente, en el Tribunal Administrativo, dispondrá que aquel se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente. Si por culpa de este, no se practica el dictamen, se declarará desierto el recurso. El dictamen no es objetable. Denegado el recurso por el Tribunal Administrativo o declarado desierto, el interesado podrá recurrir en queja ante el Consejo de Estado.

Artículo 264. Suspensión de la sentencia recurrida. Cuando el recurrente fuere único, este podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la providencia recurrida, para lo cual deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que la ordene, para responder por los perjuicios que se llegaren a causar. La naturaleza y monto para prestarla serán fijados por el ponente en el tribunal. Si el recurrente no otorga la caución en la forma y términos ordenados, continuará el trámite del recurso pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia.

El tribunal calificará la caución prestada, si la considera suficiente decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la sentencia, en caso contrario la denegará.

Artículo 265. Admisión del recurso. Concedido el recurso por el Tribunal y remitido el expediente al Consejo de Estado se someterá a reparto en la sección que corresponda.

Si el recurso reúne los requisitos legales, el ponente lo admitirá. Si carece de los requisitos consagrados en el artículo 262, el ponente los señalará para que el recurrente los subsane en el término de cinco (5) días, y si no lo hiciera, lo inadmitirá y ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen.

El recurso será inadmitido cuando se presente cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Cuando, pese haberse concedido por el Tribunal, fuere improcedente, por no ser recurrible la providencia o no reúna los requisitos previstos en el artículo 262.
2. Cuando por cuantía, la providencia no fuere objeto de recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Artículo 266. Trámite del recurso. En el auto que admita el recurso se ordenará dar traslado por quince (15) días al opositor u opositores y al Ministerio Público, si este no fuere el recurrente.

Vencido el término anterior, el ponente, dentro de los diez (10) siguientes, podrá citar a las partes a audiencia que se llevará a cabo dentro de los treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria del auto que la señale, para oír a cada parte, por el término de veinte (20) minutos, en los asuntos que considere necesario.

Celebrada la audiencia o fallida esta, por la no comparecencia de las partes, el ponente registrará proyecto de decisión, si fuere sentencia dentro de los cuarenta (40) días siguientes.

Artículo 267. Efectos de la sentencia. Si prospera el recurso, total o parcialmente, la sala anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan. Si el recurso es desestimado, se condenará en costas al recurrente.

Cuando el Consejo de Estado anule una providencia que se cumplió en forma total o parcial, declarará sin efecto los actos procesales realizados con tal fin y dispondrá que el juez de primera instancia proceda a las restituciones y adopte las medidas a que hubiere lugar.

Además, el Consejo de Estado ordenará al tribunal que en el auto de obediencia a lo resuelto por el superior cancele la caución de que trata el artículo 264. Si el recurso de unificación de jurisprudencia no prospera, la caución seguirá respondiendo por los perjuicios causados, los cuales se liquidarán y aprobarán ante el juez de primera instancia mediante incidente. Este, deberá proponerse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

Artículo 268. Desistimiento. El recurrente podrá desistir del recurso mientras no se haya dictado resolución judicial que ponga fin al mismo. Si el desistimiento sólo proviene de alguno de los recurrentes, el recurso continuará respecto de las personas no comprendidas en el desistimiento.

El desistimiento debe ser incondicional salvo acuerdo de las partes y solo perjudica a los solicitantes y a sus causahabientes.

El escrito de desistimiento deberá presentarse personalmente y cuando se acepte se condenará en costas a quien desistió, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

jurisprudencia es el de revisión, en razón del fracaso histórico de los demás recursos en el Consejo de Estado y la congestión existente en esta corporación; **b)** que se debía consagrar un recurso que fuera similar al recurso de casación, por tratarse de la forma clásica de unificar jurisprudencia, pero algunos miembros de la comisión sostenían que se debía adicionar la causal de violación de derechos fundamentales; **c)** que se volviera a implementar el recurso de súplica, buscando así unidad conceptual en los pronunciamientos del Consejo de Estado; y **d)** que se consagrara el recurso eventual de revisión para todo tipo de sentencias, de forma que el Consejo de Estado pudiera seleccionar las sentencias que justificaran la revisión, de acuerdo con sus propias consideraciones, donde el proceso de selección se haría de forma similar al proceso de selección de tutelas para revisión en la Corte Constitucional en la revisión de sentencias de tutela.¹¹³

En la lectura del artículo 256 del CPACA, que es el que consagra los fines de esta figura se puede concluir que en buena parte tiene los mismos requisitos que se le atribuyen al recurso extraordinario de casación, que son la unidad del derecho, tanto en la interpretación como en la aplicación, y la garantía de los derechos subjetivos de las personas que participaron en el proceso, en donde se deberá reparar los perjuicios que se les ocasionó con la sentencia materia del nuevo análisis.¹¹⁴

Por otro lado, ARBOLEDA PERDOMO, respecto a esta figura, establece su opinión, la cual consiste en:

Es conveniente comentar que la norma legal parte de la existencia del derecho como el bien jurídico que debe ser protegido con el recurso, de lo

¹¹³ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2012. p. 387.

¹¹⁴ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2012. p. 388

que se desprende que las sentencias son meramente interpretativas y aplicativas de las reglas jurídicas, por lo cual en estricto sentido no crean por sí mismas estas reglas. De allí la necesidad de unificar la interpretación que de ellas hace la jurisprudencia para que su aplicación sea uniforme a todas las personas, pues el principio de igualdad exige que frente a la misma situación fáctica la ley se aplique por los jueces de la misma manera, como lo define los artículos 10 y 102 de este Código¹¹⁵.

3. CRÍTICAS A LAS FIGURAS DEL CPACA

Respecto a estas figuras se pueden establecer dos críticas fundamentales, las cuales versan sobre la supuesta novedad de las instituciones y sobre la falta de necesidad de la consagración de estas para que se pueda generar el precedente administrativo.

La primera crítica se fundamenta en las diferentes figuras análogas que han sido consagradas en diferentes leyes, las cuales han sido derogadas en razón de la falta de efectividad de las mismas. Así es como se puede encontrar que en existieron figuras como el recurso de súplica, el recurso de anulación; así mismo la existencia de una figura que apunta a algo similar en la jurisdicción ordinaria como es el recurso extraordinario de casación.¹¹⁶ Adicionalmente es necesario aclarar que tales sentencias de unificación no son una verdadera novedad debido a que desde el año 1991 la Corte Constitucional viene produciendo sentencias de unificación jurisprudencial en materia constitucional, las cuales apuntan a lo mismo que las consagradas en el CPACA, pues ambas van dirigidas a recoger la jurisprudencia de dos altas cortes para que sea aplicada por los demás jueces de la rama judicial.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Ver Decreto 528 de 1964, Ley 11 de 1975, Decreto 01 de 1984, Ley 446 de 1998 y Ley 1437 de 2011.

La segunda crítica apunta a que la consagración de las figuras no era necesaria, debido a que en dicha jurisdicción se tenía la práctica de que lo dicho por el Consejo de Estado, en ciertas sentencias, era constitutivo de precedente judicial, pues este mediante el recurso de apelación revocaba las sentencias de sus inferiores funcionales que consideraba se apartaban de la interpretación correcta de las normas o resolución de casos. Así mismo, se puede establecer que no es necesaria si se tiene en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional al decir que las providencias expedidas por las altas cortes son obligatorias para todas las autoridades judiciales y administrativas.¹¹⁷

4. JUSTIFICACIÓN DEL PRECEDENTE COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA PLANTEADO

En este punto se hará una explicación del por qué se piensa que el precedente judicial, en este caso administrativo, es una solución adecuada para el caos de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual por eventos médico – sanitarios. Dicha explicación estará basada en una opinión personal de las autoras, la cual estará debidamente sustentada.

Se puede considerar el precedente judicial como la solución al caos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues es mediante este mecanismo que se puede hacer una verdadera unificación, clara, uniforme e identificable; en la solución de los diferentes casos que se presentan en materia médico – hospitalaria. Además, esta figura sirve como una guía para la interpretación y aplicación de la norma constitucional que consagra la posibilidad de que el Estado

¹¹⁷ CCONST., C – 539 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también CCONST., C – 836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

responda¹¹⁸, pues es claro que el derecho legislado ofrece un alto grado de ambigüedad al operador jurídico y la posibilidad de encontrarle diferentes interpretaciones, las cuales podrán ser limitadas con el mecanismo del precedente judicial o administrativo. Adicionalmente, se puede establecer que esta figura permite una aplicación uniforme del derecho colombiano, lo que permite dar una seguridad jurídica a los destinatarios de las normas jurídicas, pues de esta manera, se sabrá, más o menos, la forma de fallar un caso concreto.

Por otro lado, es importante la aplicación de esta figura porque con esta se constata el hecho de la importancia en la creación de derecho por parte de los jueces en el sistema jurídico colombiano. Nuestro sistema legislado lo que hace es matizar el carácter vinculante del precedente y no eliminarlo por completo. Además, se puede establecer que los jueces de las altas cortes, como órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, instauran la forma final y “adecuada” de interpretar las normas que les compete juzgar, entendiendo lo anterior como el precedente. Sin embargo, es posible que los diferentes jueces se aparten de dicho precedente, con la consecuencia de tener una mayor carga argumentativa, pues, como se dijo anteriormente, esto es lo que resalta la calidad del derecho legislado en Colombia, pero esta posibilidad no puede hacerse en ejercicio arbitrario del principio de autonomía judicial, pues se estaría vulnerando el principio de legalidad, lo cual traería sanciones consagradas en el sistema jurídico colombiano.

Como fundamento de lo anterior, se encuentra lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C – 634 de 2011, en donde se analiza la constitucionalidad del artículo 10 del CPACA. Por lo anterior encontramos pertinente transcribir unos aparte de tal sentencia, en la que se establece que:

¹¹⁸ Artículo 90 de la Constitución Política.

Estos debates [dificultades para atribuir un significado adecuado de acuerdo a la interpretación jurídica para no dar lugar a vaguedades y ambigüedades, debido a que los conceptos jurídicos, en su mayoría, son indeterminados] que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático.

(...)

Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica.

(...)

Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior

jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.

(...)

“...[u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.

(...)

La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la administración. Esto en al menos en dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia. Ello en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales. A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá

optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad el ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores¹¹⁹.

En conclusión, el precedente puede ser una herramienta adecuada para la jurisprudencia caótica respecto de los supuestos títulos de imputación en materia médico – hospitalaria, sí el Consejo de Estado a través de una sentencia de unificación de jurisprudencia utiliza la falla del servicio como el único título de imputación en el ámbito médico, y así no seguir confundiendo este con los mecanismos de aligeramiento probatorio. Por tanto, recurrir a la falla del servicio probada, la falla del servicio presunta, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y los métodos de morigeramiento probatorio, tales como la regla *res ipsa loquitur* y el indicio de falla, cómo instrumentos que ayuden a acreditar la falla del servicio cuando se den determinados hechos, los cuales serán establecidos en la misma sentencia de unificación.

¹¹⁹ CCONST., C – 634 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia tiene suficientemente establecido que el Estado colombiano deberá responder por la producción de *daños antijurídicos* relacionados con derechos fundamentales y no fundamentales, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política. En ese sentido, ha dicho que el Estado responde bajo los títulos de imputación denominados falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional.

El título de imputación falla del servicio es el típico régimen de responsabilidad subjetiva. No sería viable tratarlo como un régimen de responsabilidad objetiva pues ello conllevaría a interpretar la actividad médica como una actividad peligrosa y por tal razón todos los actos derivados de ella superarían el riesgo permitido, razón por la cual el Estado respondería por absolutamente todas las actividades desplegadas en ese ámbito, suceso que no sería sostenible en términos económicos, ni admisible para una actividad socialmente necesaria.

La obligación médica contractual (civilmente) o extracontractual se ejerce a través de actividades que pueden clasificarse en obligaciones tanto de medios como de resultado. Por lo anterior, el trabajo del juez consiste en identificar qué clase de obligación se desplegó de forma defectuosa, tardía o simplemente no se ejecutó. Para evaluar los daños causados con la actividad médica del Estado se puede encontrar que el Consejo de Estado ha utilizado diferentes regímenes probatorios y medios de aligeramiento de la carga probatoria a través de su jurisprudencia, tales como falla del servicio probada, falla presunta, teoría de las cargas dinámicas de la prueba, la regla *res ipsa loquitur* y la prueba de la falla del servicio por medio de *indicios*.

Se puede decir que el único título de imputación subjetivo existente en la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, es el denominado *falla del servicio*, título que, según el Consejo de Estado en los eventos médicos, puede ser probado de diferentes formas: **a)** régimen probatorio general, con la carga de la prueba en el demandante, **b)** inversión de la carga probatoria de forma permanente a favor del demandante, **c)** teoría de las cargas dinámicas de la prueba; regímenes que pueden ser atenuados por medio de diferentes recursos como la regla *res ipsa loquitur* y la prueba indiciaria.

El precedente en materia contencioso – administrativa hasta antes de la expedición del CPACA, no tenía la misma fuerza vinculante de la cual goza ahora. Lo anterior en razón de que el Consejo de Estado no le otorgaba dicho carácter debido a que no lo consideraba una fuente formal de derecho. Pero luego de la expedición de la Ley 1437 de 2011 tal figura cobró importancia puesto que vincula a todos los jueces de la República, incluidas las altas cortes, y a la administración en tanto se consagraron figuras tendientes a la aplicación de manera casi que obligatoria de los criterios fijados en la sentencia judicial anterior.

El precedente puede ser una herramienta adecuada para la jurisprudencia caótica respecto de los supuestos títulos de imputación en materia médico – hospitalaria, si el Consejo de Estado a través de una sentencia de unificación de jurisprudencia utiliza la falla del servicio como el único título de imputación en el ámbito médico, y así no seguir confundiendo éste con los mecanismos de facilitación probatorio. Por tanto, el juez deberá recurrir a la falla del servicio probada, la falla del servicio presunta, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y los métodos de morigeramiento probatorio, tales como la regla *res ipsa loquitur* y el indicio de falla, como instrumentos que ayuden a acreditar la falla del servicio cuando se den determinados hechos, los cuales serán establecidos en la misma sentencia de unificación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2012

BLANQUER, DAVID. La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Madrid, España. Ministerio para las administraciones Públicas. 1997.

BOTERO, Catalina, JARAMILLO, Juan Fernando, UPRIMNY, Rodrigo, (et. al), Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Andiarios, Fundación Konrad Adenauer y De justicia, Ed. Legis S.A. Bogotá, Primera Edición 2006.

ECHANDÍA, Devis. Teoría General de la Prueba Judicial – Tomo II. Quinta Edición. Temis. Bogotá. 2002.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucia: La responsabilidad médica: problemas actuales, Ibáñez. Bogotá, 2008.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2010.

GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado – Tomo III. Temis. Bogotá. 2013.

LLAMAS POMBO, Eugenio. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba en SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, El régimen probatorio en la responsabilidad médica. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Responsabilidad Civil de los médicos. Rubinzal – Culzoni, Tomo II. Buenos Aires.

OCHOA, Fabio Naranjo y Naranjo Flórez, Carlos Eduardo. Derecho Procesal Civil: parte general. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 2012.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: Régimen general de las obligaciones, Octava Edición, Temis, Bogotá, 2008.

OSTERRLING PARODI, Felipe y Castillo Freyre, Mario: “Compendio de derecho de obligaciones”, Palestra Editores, Lima, 2008.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel Derecho Procesal Administrativo. 8ª edición. Librería jurídica Sánchez. Medellín.

PEYRANO Jorge W., “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” en Cargas Probatorias Dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. 2004.

PHILIPPE LE TOURNEAU, La responsabilité civile en Tamayo Jaramillo, Javier: Tratado de Responsabilidad civil – Tomo I. Segunda Edición. Legis. Bogotá. 2008

RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Segunda Edición. Ecoe Ediciones. Bogotá. 2013.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Tercera reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2005.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, El régimen probatorio en la responsabilidad médica. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá.

2. Artículos de Revista

BERNAL PULIDO, Carlos: “El precedente en Colombia”, en Revista Derecho del Estado. No. 21 (2008).

DUQUE OSORIO, Alberto León. “Valoración jurídica de la obligación médica (Octubre de 2006)”, en Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad civil y del Estado. 20 (2006).

FERNÁNDEZ ORTIZ, Alejandra. “El indicio en la responsabilidad estatal por falla del servicio médico asistencial. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado” en Estudios de derecho. Vol. LXVIII. No. 151. (2011).

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal en Fernández Ortiz, Alejandra. “El indicio en la responsabilidad estatal por falla del servicio médico asistencial. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado” en Estudios de derecho. Vol. LXVIII. No. 151. (2011).

GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando: “La falacia de los títulos de imputación en la Responsabilidad del Estado”, en Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad civil y del Estado. No. 25 (2009).

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad médica y hospitalaria en el derecho público (panel). En Castaño de Restrepo, María Patricia (Ed.) Derecho médico – sanitario: actualidad, tendencias y retos (I). Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2008.

IBÁÑEZ, Jorge Enrique. 20 años de vigencia del Código Contencioso Administrativo. Revista electrónica de difusión científica. Universidad Sergio Arboleda. Civilizar 5. 2003.

Informe-ponencia del lunes 22 de abril de 1991. Gaceta Constitucional No. 56 citado por Henao, Juan Carlos, “Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia” en Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996.

J. BELL. Sources of Law” en Bernal Pulido, Carlos: “El precedente en Colombia” en Revista derecho del Estado. N° 21 (2008).

PÉREZ RESTREPO, Juliana. “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica – Decaimiento de su aplicabilidad – en Estudios de derecho. Vol. LXVII, No. 152. (2011).

3. Normas Consultadas

Decreto 528 de 1964.

Código de Procedimiento Civil – Decreto 1400 de 1970 –.

Ley 11 de 1975.

Decreto 01 de 1984.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 446 de 1998.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 –.

Código General de Proceso – Ley 1564 de 2012 –.

4. Jurisprudencia Consultada.

Corte Suprema de Justicia.

CSJ Civil: Sentencia del 30 de junio de 1962.

Corte Constitucional.

Cconst., C-449 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Cconst., SU – 047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Días y Alejandro Martínez Caballero.

Cconst., C – 836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Cconst., T – 760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Cconst., Su – 1300 de 2011. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Cconst., C – 539 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Cconst., T – 110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Cconst., C – 634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado.

CE 3: 20 de octubre de 1990. C.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Exp. 5.902

CE 3: 24 de octubre de 1990. Gustavo de Greiff Restrepo

CE 3: 13 de septiembre de 1991 C.P. Carlos Betancur Jaramillo Exp. 6.253

CE 3: 14 de febrero de 1992 C.P. Carlos Betancur Jaramillo Exp. 6.477

CE 3: 13 de septiembre de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp 6.816

CE 3: 26 de noviembre de 1992. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 6.968

CE 3: 7 de febrero de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6.731

CE 3: 30 de julio de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6.897

CE 3: 13 de septiembre de 1992. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6.816

CE 3: 12 de agosto de 1993.C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Exp. 7.592

CE 3: 12 de julio de 1993. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 7.968

CE 3: 14 de diciembre de 1993. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 8.423

CE 3: 21 de abril de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 8.630

CE 3: 4 de marzo de 1994. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 8.708

CE 3: 16 de junio de 1995. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 9.166(1)

CE 3: 13 de julio de 1995. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 9.848

CE 3: 12 de septiembre de 1996. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 9.334

CE 3: 22 de mayo de 1996. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 11.301(1)

CE 3: 8 de mayo de 1997. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 11.220

CE 3: 4 de septiembre de 1997. C.P. Ricardo Hoyos Duque

CE 3: 24 de junio de 1998. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 10.579

CE 3: 26 de abril de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755(1)

CE 3: 11 de noviembre de 1999. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 12.165

CE 3: 3 de mayo de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.169

CE 3: 7 de octubre de 1999. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12.655

CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12.790

CE 3: 9 de marzo de 2000. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12.489(1)

CE 3: 10 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11.878

CE 3: 8 de noviembre de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.093(2)

CE 3: 31 de octubre 2001. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13.008(1)

CE 3: 24 de mayo de 2001. C.P. German Rodríguez Villamizar. Exp. 12.945(2)

CE 3: 14 de junio de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11.901

CE 3: 15 de agosto de 2002. Exp. 11.605

CE 3: 26 de abril de 2002. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13.675

CE 3: 18 de julio de 2002. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 12780

CE 3: 23 de octubre de 2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14.078

CE 3: 14 de diciembre de 2004. C.P. Ramiro Saavedra Ballesteros. Exp.
12.830(2003) (1)

CE 3: 1 de julio de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp.
14.696(7649)

CE 3: 14 de diciembre de 2004. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 13.923(1)

CE 3: 29 de noviembre de 2004. C.P. María Elena Giraldo Gómez

CE 3: 24 de febrero de 2005. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 14.259(1)

CE 3: 28 de abril de 2005. C.P. Ruth Stella Corre Palacio. Exp. 14.786(4164)

CE 3: 28 de octubre de 2005. C.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. T –
1143712

CE 3: 14 de julio de 2005. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15.276(1382)

CE 3: 25 de febrero de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14170

CE 3: 24 de Febrero de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. No. 14.170

CE 3: 11 de mayo de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 14.400(9335) (3)

CE 3: 14 de abril de 2006. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16.068

CE 3: 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15.772

CE 3: 1 de marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16.308

CE 3: 14 de diciembre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 17.918(1)

CE 3: 18 de julio de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 28.106

CE 3: 19 de junio de 2008, Exp. 15.752

CE 3: 24 de abril de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 15.790

CE 3: 30 de julio de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 17.276

CE 3: 26 de marzo de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16.085(1)

CE 3: 15 de octubre de 2008. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 16350

CE 3: 19 de agosto de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.364

CE 3: 18 de julio de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.451

CE 3: 23 de junio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19.101

CE 3: 23 de junio de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.786

CE 3: 27 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18

CE 3: 28 de abril de 2010. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20.087

CE 3: 18 de febrero de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.524

CE 3: 22 de julio de 2010. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

CE 3: 25 de agosto 2011, Exp. 21.883

CE 3: 7 julio de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 19.953(1)

CE 3: 10 de febrero de 2011. C.P. Danilo Rojas Betancourt. Exp. 1.904

CE 3: 24 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 17.547

.285(1)

CE 3: 24 de marzo de 2011. C. P. Enrique Gil Botero. Exp. 20.813

CE 3: 21 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 20.371(1)

CE 3: 7 de abril de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. No. 20.750

CE 3: 7 de abril de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19.801

CE 3: 27 de abril de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20.502

CE 3: 5 de abril de 2011. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero

CE 3: 28 de marzo de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.163

CE 3: 5 de julio de 2012, Exp. 23.643