



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

GIRALDO GÓMEZ, LUIS FELIPE

El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba
y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana*, **

Revista de Derecho Privado, núm. 41, 2021, Julio-Diciembre, pp. 223-256
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417568392008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana^{***}

» LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ^{***}

RESUMEN. En los procesos de responsabilidad civil y del Estado donde se discute la existencia de una pérdida de la oportunidad es común que los jueces acudan a la carga dinámica de la prueba o a la equidad para tenerla como acreditada. Este trabajo pretende sustentar lo improcedente de esta práctica. Para ello se seguirá la metodología de análisis y estudio dogmático crítico de los discursos jurídicos de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil, y del Consejo de Estado, en su Sección Tercera; de la doctrina nacional y extranjera, y la legislación vigente sobre la carga de la prueba; lo anterior con el fin de argumentar en contra de la posibilidad del juez de hacer una distribución *ad hoc* de la prueba del daño. Así mismo, se pretende demostrar que, a pesar de la existencia normativa de la posibilidad de valorar la cuantía del perjuicio con fundamento en la equidad, ello no justifica la práctica jurisprudencial de asignar en la sentencia un valor de 50 % a la probabilidad perdida; estas decisiones pueden constituir un uso errado de la equidad en su modalidad inte-

* Fecha de recepción: 19 de abril de 2020. Fecha de aceptación: 26 de febrero de 2020.
Para citar el artículo: GIRALDO GÓMEZ, L. F., “El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, julio-diciembre 2021, 223-256, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08>.

** El presente documento es un producto de investigación correspondiente al proyecto de investigación “Responsabilidad civil y carga de la prueba”, inscrito en la línea de investigación Derecho Privado y Mercado, del Grupo de Investigación Precedente, registrado en Colciencias y perteneciente al Programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi de Cali.

*** Universidad Icesi, Cali, Colombia; profesor de tiempo completo. Magíster en Derecho Privado, Persona y Sociedad, con énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogado, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia. Contacto: lfelipeg@hotmai.com Orcid: 0000-0001-7868-958X.

gradora *–praeter legem–*, si se reconoce la naturaleza de la pérdida de la oportunidad como daño y no como perjuicio.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, responsabilidad del Estado, pérdida de la oportunidad, daño, perjuicio, nexo causal, equidad, carga de la prueba, deber procesal, obligación procesal, porcentaje de probabilidad.

The Dynamic Burden of Proof and the Use of Equity by Colombian Jurisprudence, to Consider the Damage Caused by Loss of Opportunity

ABSTRACT. In civil and State liability processes where the existence of a loss of opportunity is discussed, it is common for judges to resort to the dynamic burden of proof or equity to have it proven. This work aims to support the inappropriateness of this practice. For this, the methodology of analysis and critical dogmatic study of the legal discourses of the rulings of the Supreme Court of Justice in its civil chamber and of the Council of State in its third section, of national and foreign doctrine, and legislation will be followed on the burden of proof, in order to argue against the possibility of the judge to make an ad-hoc distribution of the evidence of damage. Likewise, it is intended to demonstrate that despite the existence of regulations on the possibility of assessing the amount of the damage based on equity, this does not justify the jurisprudential practice of assigning in the judgment a value of 50 % to the lost probability; these decisions may constitute a misuse of equity in its integrative modality *–praeter legem–*, if the nature of the loss of the opportunity is recognized as damage and not as damage.

Keywords: civil liability, State liability, loss of opportunity, damage, causal link, equity, burden of proof, procedural duty, procedural obligation, percentage of lost probability.

SUMARIO. I. Quién tiene la carga de probar la existencia de un daño por pérdida de la oportunidad. II. ¿El recurso de la carga dinámica o la equidad constituye una práctica jurisprudencial adecuada para relevar al demandante de la carga de probar el daño por pérdida de la oportunidad? Conclusiones. Referencias.

I. Quién tiene la carga de probar la existencia de un daño por pérdida de la oportunidad

Uno de los inconvenientes del estudio de la figura de la pérdida de la oportunidad ha sido el de decidir en cuál de los elementos de la responsabilidad civil y del Estado debe ser ubicada; definir lo anterior servirá para identificar a quién le corresponde probar cada uno de los requisitos que la componen. En esta primera parte del trabajo se establece cómo se ha distribuido la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad conforme a las normas sustanciales y procesales en nuestro

ordenamiento. Para lograrlo, se hace la distinción entre los imperativos procesales denominados obligación, deber y carga procesal, todo con el fin de concluir que, debiendo ser considerada la pérdida de la oportunidad como un daño, le corresponde al demandante probar su existencia en el proceso.

A. La distribución de la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil y del Estado en la norma sustancial

En los procesos de responsabilidad civil y del Estado por regla general se impone al demandante la carga de probar los supuestos de hecho descritos en la norma sustancial que regula esta materia. En el ámbito extracontractual¹ deberá acreditar la existencia de un daño, la imputación y el fundamento del deber de reparar o factor de atribución². Si de responsabilidad patrimonial del Estado se trata, conforme dispone el artículo 90 de la Constitución Política de 1991^[3], será el demandante quien deba probar el daño anti-jurídico y la imputación; adicionalmente será necesaria la prueba de la falla del servicio de la Administración si el caso encuadra en un régimen subjetivo de responsabilidad⁴.

En cuanto a la responsabilidad civil contractual⁵, además de los anteriores elementos, será menester probar la existencia del vínculo jurídico entre las partes para identificar el tipo de obligación contraída; respecto a la prueba del fundamento del deber de reparar o factor de atribución, el inciso 3.º del artículo 1604 c.c. expresa que en estos casos “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”⁶, quedando abierta la posibilidad, para las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, de cambiar este sistema⁷.

Aplicable a cualquiera de los eventos de responsabilidad encontramos el artículo 1757 c.c. que indica: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que

-
- 1 Código civil colombiano (Ley 84 del 26 de mayo de 1873, Diario Oficial n.º 2867), Libro cuarto, De las obligaciones en general y de los contratos, Título xxxiv, Responsabilidad común por los delitos y las culpas, art. 2341.
 - 2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 24 de agosto de 2009, M.P.: William Namén Vargas; del 30 de septiembre de 2016, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 13925, y del 12 de junio de 2018, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, exp. SC 2107.
 - 3 Constitución Política, Título II, De los derechos, las garantías y los deberes, Capítulo 4, De la protección y aplicación de los derechos, art. 90.
 - 4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 8 de febrero de 2012, C.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 21.803; del 18 de febrero de 2010, C.P.: Ruth Estella Correa Palacio, exp. 17.866, y del 12 de febrero de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 40.802.
 - 5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 15 de noviembre de 2017, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, exp. SC 18476, y del 19 de diciembre de 2017, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, exp. SC 21828.
 - 6 Código civil, Libro cuarto, De las obligaciones en general y de los contratos, Título XII, Del efecto de las obligaciones, art. 1604.
 - 7 En este sentido, véase CORTÉS, É., *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 185.

alega aquéllas o ésta”⁸; esta norma, típicamente procesal en tanto no declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas⁹, fue reproducida en el artículo 177 c.p.c.¹⁰ anterior, y hoy en el inciso 1.^º del artículo 167 c.g.p.¹¹ haciendo alusión a la prueba de los supuestos de hecho previstos en la norma que se pretende sea aplicada. Así las cosas, el artículo 1757 c.c. debe ser tenido en cuenta por el juez, como regla de distribución de la carga de la prueba, en los procesos donde se busca la declaratoria del nacimiento de una obligación o su extinción, como lo sería aquella encaminada a generar la obligación de reparar.

Pese a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia¹² no ha considerado al artículo 1757 c.c. como una norma con efectos en la carga de la prueba en el proceso; ello en tanto considera que no alude a la prueba de los supuestos de hecho de la norma a aplicar, sino a la prueba de las obligaciones. Contrario a la posición de la Corte, vemos que la norma mencionada sí tiene la intención de regular la distribución de la carga de la prueba de los hechos que conforman el nacimiento o extinción de una obligación, constituyendo una prescripción de naturaleza procesal, prevista en el código sustancial, con efectos directos en el proceso.

En este sentido traemos a colación lo expresado por Corral Talciani, quien al referirse al artículo 1698 c.c. de su país¹³ –cuyo inciso 1.^º es similar al del artículo 1757 c.c. colombiano– sostiene que tal norma, leída en debida forma, demuestra la intención del legislador de asignar al demandante la carga de probar los supuestos de hecho de su pretensión, y al demandado, la de probar los supuestos de hecho para impedir que la misma sea reconocida en los términos solicitados¹⁴. Conclusión igualmente válida para nuestro ordenamiento.

8 Art. 1757 c.c.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de octubre de 2017, M.P.: Luis Alonso Rico Puerta, exp. SC 17654.

10 Decreto 1400 de 1970 (Diario Oficial n.^º 33150 del 21 de septiembre de 1970), por el cual se expide el código de procedimiento civil, Sección tercera, Régimen probatorio, Título xiii, Pruebas, Capítulo i, Disposiciones generales, artículo 177.

11 Ley 1564 (Diario Oficial n.^º 48489 del 12 de julio de 2012), por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones, Sección tercera, Régimen probatorio, Título único, Pruebas, Capítulo i, Disposiciones generales, art. 167.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 9.193.

13 Ministerio de Justicia de Chile, Decreto fuerza de ley 1 del 15 de mayo de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la Ley n.^º 4.808, sobre registro civil, de la Ley n.^º 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley n.^º 16.618, Ley de Menores, de la Ley n.^º 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley n.^º 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, Libro cuarto, De las obligaciones en general y de los contratos, Título xxi, De la prueba de las obligaciones, art. 1698: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta...”.

14 CORRAL TALCIANI, H., “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de código procesal civil”, *Cuadernos de Extensión Jurídica. Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, n.^º 23, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2012, 107, disponible en: <https://www.uandes.cl/cuadernos-de-extension/> [consultado el 31 de marzo de 2020]

Conforme a todo lo dicho, no cabe duda de que las normas sustanciales en Colombia regulan la distribución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual y extracontractual pues definen los elementos que deben ser probados para su estructuración; de igual manera, se consagra una regla procesal en el código civil en relación con la prueba de la obligación o de su extinción. En ninguna parte de esta regulación se deja abierta al juez la posibilidad de cambiar esa distribución de manera particular en el proceso; así, la distribución de la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil o del Estado por parte de los jueces podría constituir una clara transgresión de la ley en tanto no han sido habilitados para ello. Esta práctica resultará ser más reprochable si es usada para el primer elemento de la responsabilidad pues, salvo casos de presunciones legales, en esta materia corresponde al demandante la carga de la prueba del daño sufrido¹⁵.

Establecido lo anterior, nos proponemos revisar si el ordenamiento procesal en su artículo 167 c.g.p. ha respetado la línea impuesta por la norma sustancial en relación con la carga de la prueba; para ello definimos el concepto de carga procesal, su función, consecuencias, y sus diferencias con otros imperativos procesales.

B. El concepto de carga de la prueba y su distinción con otros imperativos procesales

Con la incorporación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el artículo 167 c.g.p., se ha venido haciendo alusión por la jurisprudencia y la doctrina a los imperativos jurídicos de manera indistinta; lo anterior no es adecuado, en tanto cada uno de ellos tiene características y consecuencias diferentes. Por ello, pasamos a hacer una breve distinción entre los conceptos de *obligación*, *deber* y *carga procesal*.

Las anteriores nociones pertenecen al género denominado imperativos procesales¹⁶ y son concebidas como exigencias de conducta, impuestas por el legislador a las partes, al juez y, en algunos escenarios, a los terceros que participan en un proceso judicial¹⁷. Su función es la de asegurar que el proceso sea un instrumento para hacer efectivo el derecho sustancial de quienes a él acuden¹⁸. Todo lo anterior dentro de un marco de legalidad y debido proceso¹⁹.

Si bien *la obligación*, *el deber* y *la carga procesal* pertenecen a la misma categoría, no por ello se puede concluir que significan lo mismo; cada uno de estos imperativos posee un alcance diferente, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional:

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de julio de 2017, M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, exp. SC 10.291.

16 “Se llaman [sic] imperativos procesales a aquellas conductas que le [sic] corresponde observar a los sujetos del proceso”. AZULA CAMACHO, J., *Manual de derecho procesal*, t. IV, *Pruebas judiciales*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 2018, 43.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-275 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

tucional, para quien “las partes y sus representantes tienen tanto deberes como cargas y obligaciones procesales, las cuales responden a naturalezas distintas en razón del interés que persiguen y de las consecuencias jurídicas que acarrea su cumplimiento o su incumplimiento”²⁰; esta postura ha sido corroborada en varias decisiones²¹, siguiendo así lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde el año de 1985^[22].

Así, la *obligación procesal* es entendida como una prestación de contenido patrimonial en beneficio de otro, en tanto envuelve una relación jurídica entre dos sujetos otorgando un derecho subjetivo a su acreedor para hacerla exigible²³. La característica principal de esta figura es la ausencia de libertad para el sujeto pasivo²⁴ de elegir si cumple con la prestación, al punto de que si no lo hace habrá sanción y posibilidad de coerción.

Esta concepción de la obligación procesal no difiere mucho de la noción del derecho sustancial, siendo la única diferencia el origen de su nacimiento; así, la sustancial nace del acto y del hecho jurídico realizado por fuera del proceso, mientras que la procesal tiene su fuente en un acto o hecho que se realiza en un trámite procesal. Ejemplo de estas serían las costas, las expensas, los gastos y honorarios de peritos, entre otros²⁵.

Por otro lado, los *deberes procesales* corresponden a reglas de conducta establecidas por la ley para una adecuada realización del proceso, pero no en razón de un interés particular ajeno, sino en el interés general; es por ello que ninguno de los participantes en el proceso se convierte en acreedor con facultad para exigir su cumplimiento²⁶.

Los deberes recaen en las partes, en el juez y en los terceros que participan en el proceso, pero difieren de las obligaciones en cuanto no nace de ellos un vínculo jurídico; no puede una de las partes ejercer un derecho subjetivo en contra de la otra para lograr su cumplimiento. Pese a lo anterior, los deberes pueden ser objeto de coerción y, dependiendo de la gravedad y de la calidad del sujeto que los haya infringido, pueden acarrear sanciones²⁷.

20 Corte Constitucional, Sentencias C-203 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

21 Véanse, entre otras: Corte Constitucional, sentencias C-1512 de 2000, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-275 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-279 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-838 de 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; C-086 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, y C-091 de 2018, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 17 de septiembre de 1985, M.P.: Horacio Montoya Gil, Gaceta Judicial, t. CLVII, n.º 2419, 1985, 427.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

24 DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.^a ed., Bogotá, ABC, 1995, 420.

25 AZULA CAMACHO, J., *Manual de derecho procesal*, t. IV, cit., 45.

26 En este sentido, la Corte Constitucional diferencia los deberes de las obligaciones en cuanto en las segundas existe un derecho subjetivo de alguna persona o del Estado, pues hay vínculo jurídico, pero en las primeras no. Véase Sentencia C-203 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

Por último, la *carga procesal* es definida como una facultad que mira al propio interés de la persona sobre la cual recae. Su principal característica es la imposibilidad de forzar su cumplimiento²⁸, en tanto no existe correlativamente un sujeto acreedor que pueda llegar a exigirla²⁹. Esto la diferencia claramente de las obligaciones.

En cuanto a sus consecuencias, la no satisfacción de una carga solo puede generar para quien debía obrar y no lo hizo la pérdida de la posibilidad de obtener una ventaja, sin llegar a producirle una sanción³⁰; tampoco puede convertirse esta situación en una ventaja para su contraparte³¹.

Conforme a las diferencias expuestas, resulta posible considerar como típicas *cargas procesales*, entre otras, las de presentar la demanda en debida forma, contestar en tiempo la demanda, alegar la caducidad o la prescripción en tiempo³², presentar impugnaciones respecto de las decisiones desfavorables, pagar las copias para surtir los recursos interpuestos. No puede faltar la de *probar los hechos*³³ en los cuales se fundan las pretensiones del demandante y las oposiciones del demandado con el fin de hacer efectivo el derecho sustancial prescrito en la norma para quien la alega³⁴.

Esta conducta de probar los hechos afirmados en un proceso constituye una típica *carga procesal*³⁵ cuya función principal es la de evitar que el juez funde sus decisiones en su saber privado o íntima convicción. Reconocer lo anterior garantiza que las decisiones cumplan con el principio de la necesidad de la prueba³⁶ y el debido proceso, y que satisfagan la promesa de imparcialidad.

-
- 28 Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- 29 Corte Constitucional. Sentencia C-275 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis: “En ese orden de ideas la Corte ha puesto de presente que la carga procesal, como característica predominante, supone un proceder potestativo del sujeto en cuyo interés ha sido impuesta, impidiendo constreñirlo para que se allane a cumplirla, lo cual difiere de la figura de la obligación procesal, prestación de contenido patrimonial exigible a las partes coercitivamente y cuyo incumplimiento genera de ordinario contraprestaciones a título de sanción, v.gr. la condena en costas”. En el mismo sentido, sentencias C-1512 de 2000, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, y C-091 de 2018, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.
- 30 Corte Constitucional, Sentencia C-838 de 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 17 de febrero de 2014, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda, exp. AC 607-2014.
- 32 Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2018, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.
- 33 Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- 34 Corte Constitucional. Sentencia T-733 de 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos.
- 35 “La parte debe probar el nacimiento del derecho reclamado si quiere que le sea reconocido por el juez, o su extinción, si se defiende alegándola; mas no tiene la obligación de llevar esa prueba, y por eso ni el juez ni nadie la constriñe a hacerlo”. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., 395. “Utilizamos la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento”. PARRA QUIJANO, J., *Manual de derecho probatorio*, 18.^a ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2011, 232.
- 36 Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Asimismo, este imperativo cumple otro papel en el proceso, en tanto para las partes funge como regla de conducta procesal, al informarles de manera previa y general a quién le corresponde probar los hechos descritos en la norma cuyo efecto jurídico persiguen; respecto al juez, se convierte en un sucedáneo de prueba³⁷, para evitar los fallos *non liquet*, indicándole a quién debe perjudicar la ausencia de prueba de los hechos de la pretensión o la excepción³⁸.

Una vez identificadas las diferencias y el alcance de cada uno de los imperativos procesales, a continuación se estudia, conforme a las reglas de carga de la prueba previstas en la norma sustancial, a quién le corresponde probar la existencia de una pérdida de la oportunidad y el valor del porcentaje de probabilidad perdida.

C. La pérdida de la oportunidad entendida como daño debe ser probada por el demandante

En Colombia, luego de una larga evolución doctrinal y jurisprudencial, se viene acogiendo la postura de concebir la pérdida de una oportunidad como una especie de daño³⁹; esto ha sido posible gracias al reconocimiento de unas características particulares para su estructuración⁴⁰, al punto de que ya se empieza a advertir su categoría de *daño autónomo*⁴¹. Esta modalidad de daño tiene por sí misma la entidad de engendrar la obligación de reparar los perjuicios generados, sin que sea viable considerarla como un daño subsidiario ante la falta de acreditación de los otros eventos dañinos, como la muerte, la lesión, la destrucción total o parcial de un bien.

37 DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., 426.

38 PICÓ I JUNOY, J., “La iniciativa probatoria del juez civil en la doctrina de Eduardo J. Couture”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2016, 115.

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 5 de abril de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25.706: “Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que, si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio –material o inmaterial– a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió”. En el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de octubre de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 42.803.

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de abril de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25.706.

41 Aunque no estamos de acuerdo en asimilar el concepto de daño y el de perjuicio, la jurisprudencia ha reconocido a la pérdida de la oportunidad como daño autónomo. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 27 de abril de 2011, C.P.: Gladys Agudelo Ordóñez, exp. 18.714; del 11 de agosto de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18593; del 8 de junio de 2011, C.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 19.360; del 26 de enero de 2012, C.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 21.726; del 5 de abril de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25.706; del 5 de julio de 2018, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 44.740; del 1 de octubre de 2018, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 46.375, y del 30 de mayo de 2019, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 48.890.

Así, sostenemos que la *pérdida de la oportunidad* o de la chance entendida como un *daño* se refleja en la pérdida de la posibilidad de obtener una ganancia o beneficio, o en la pérdida de la posibilidad de evitar que se genere un evento desfavorable. La privación de esa oportunidad faculta a la víctima para solicitar la reparación de los perjuicios ocasionados⁴².

Si bien en la práctica no resulta sencillo determinar cuándo estamos frente a un evento de daño por pérdida de la oportunidad, esto se soluciona teniendo claro cuáles son los requisitos para su estructuración. Como viene siendo aceptado por la jurisprudencia, consideramos que son requisitos del daño pérdida de la oportunidad los siguientes: a. La aleatoriedad del resultado esperado; b. La existencia de una situación potencialmente apta para obtener el beneficio querido o para evitar la situación negativa sufrida; c. La imposibilidad definitiva de obtener lo buscado, y d. La relación de causalidad entre la oportunidad perdida y la conducta del autor de este daño⁴³.

Existen otras condiciones indispensables para la demostración de la existencia de una oportunidad perdida; así, además de los anteriores requisitos, se debe probar la seriedad⁴⁴ de la oportunidad, el porcentaje de probabilidad perdida y que la acción u omisión del victimario se presentó cuando la víctima ya había iniciado el curso causal⁴⁵ para obtener el resultado anhelado.

La pérdida de una oportunidad implica la frustración de una situación sujeta al *alea*, es decir, estaremos frente a un resultado frustrado respecto del cual no se sabía si se iba a conseguir o no. Pese a lo anterior, siempre deben existir bases para considerar dicho resultado como una situación de posible concreción, el cual, atendiendo a las condiciones particulares, llegará a ser más o menos probable. En estos términos cobra relevancia la prueba del porcentaje de probabilidad perdida, en tanto sirve para acreditar la existencia del daño y su extensión⁴⁶.

Por consiguiente, si se demuestra la frustración de una oportunidad perdida – aunque en un bajo porcentaje de probabilidades de obtener la ganancia o evitar la situación negativa–, el daño estará probado y la reparación de los perjuicios girará en torno al grado de probabilidad que tenía el sujeto de obtener lo anhelado; pero si dicho porcentaje no está acreditado, no habrá una oportunidad perdida y, en consecuencia, el demandante no logrará probar la existencia del daño como primer elemento de la responsabilidad civil y del Estado.

42 Véase, en este sentido, GIRALDO GÓMEZ, L. F., *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en la responsabilidad médica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 42.

43 *Ibid.*, 80-127.

44 VINEY, G., *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: effets*, Paris, LGDJ, 1988, 164.

45 GIRALDO GÓMEZ, L. F., *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en la responsabilidad médica*, cit., 65.

46 *Ibid.*, 407-420.

Para satisfacer esta carga, el demandante debe aportar pruebas tendientes a demostrar no solo la existencia de la posibilidad de obtener un resultado –curarse, sobrevivir, ganar un proceso judicial, una carrera, un concurso–, sino también el grado de probabilidad de ocurrencia de ese evento según las circunstancias particulares del caso. En este punto resulta indispensable acudir a la estadística con el ánimo de hacer una aproximación probabilística⁴⁷ de lo que habría podido suceder en caso de no haberse truncado la oportunidad que tenía en su patrimonio. El uso de la estadística en este punto no tiene como función establecer la causalidad o autoría del daño, sino servir de instrumento approximativo y teórico para establecer el porcentaje de probabilidad de obtención del resultado que le fue arrebatado a la víctima de este daño.

Por consiguiente, esta búsqueda del porcentaje de probabilidad perdida no puede ser entendida como una invitación a utilizar modelos de la lógica matemática tales como el teorema de Laplace⁴⁸, la probabilidad frecuencial o el teorema bayesiano⁴⁹, como sugestivamente se ha planteado por parte de la jurisprudencia⁵⁰. El proceso judicial no es el escenario idóneo para hacer este tipo de análisis, por lo cual esto debe ser tomado como un llamado al demandante para cumplir con su carga de aportar elementos estadísticos previamente establecidos⁵¹ haciendo uso de cualquier medio de prueba.

Así, la parte interesada podrá acudir a la evaluación o testimonios de expertos, o a la literatura científica procedente; el resultado de evaluar estas pruebas con fundamento en las reglas de la sana crítica y la apreciación de las pruebas en conjunto solo aportará un porcentaje de probabilidad approximativo como consecuencia de una probabilidad lógica⁵² y no matemática. En todo caso serán datos que provienen de las pruebas que ayudarán a sustentar una decisión.

47 Respecto de la estadística indica Shum que esta es una estimación de la probabilidad, pero que no son lo mismo, pues aquí se toma la probabilidad en un número de casos observados, de tal manera que todo depende del número de observaciones: entre mayor sea, mayor será la estimación de la probabilidad. Véase SHUM, D. A., *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, Medellín, Orion Vargas, 2016, 79.

48 “Una de las leyes fundamentales de la probabilidad matemática o *a priori* fue formulada por Pierre Simon, Marqués de Laplace (1749-1837). En su virtud, la probabilidad de un suceso se mide dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles”. MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Pamplona, Thomson Civitas, 2007, 289.

49 “Los métodos bayesianos representan una alternativa a la matemática y a la estadística tradicional porque tratan de interiorizar dentro del cálculo de probabilidades informaciones del caso concreto, aportando así un resultado singularizado para una hipótesis aislada”. *Ibid.*, 300.

50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de marzo de 2012, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 22017.

51 Esto sucede en los eventos de responsabilidad médica en donde la literatura ya tiene unas estadísticas de incidencia de una enfermedad, en los cuales previamente se han usado estos modelos matemáticos para encontrar la probabilidad de ocurrencia de la enfermedad o de sanación en los casos objeto del estudio.

52 “Se distingue entonces entre probabilidad estadística y probabilidad lógica; mientras la primera contiene una verificación empírica porcentual sobre una sucesión determinada de eventos, la segunda

Sería imposible, además de inadecuado, hacer cálculos fundados en modelos estrictamente matemáticos⁵³ dentro del proceso judicial, para eventos cuya ocurrencia puede darse por primera vez, o que no tienen las mismas variables de comparación. El escenario judicial no es el espacio para lanzarse a realizar experimentos que conduzcan a producir resultados probabilísticos empíricos en términos matemáticos, ya que estos datos no son el objetivo del juicio sino el insumo para permitir al juez tomar una decisión⁵⁴.

En conclusión, no compartimos la idea de dar por acreditada la oportunidad perdida con base en la especulación o en el prejuicio del juez. Son las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso las que deben servir para acreditar el porcentaje de probabilidad perdida, siendo una verdadera *carga probatoria* para el demandante suministrar dichos medios de prueba. Sin ellas, no podrá declararse la existencia de un daño por pérdida de la oportunidad y consecuentemente se deberá negar las pretensiones.

Comprendido lo anterior, pasamos en la segunda parte a revisar si la introducción de la carga dinámica de la prueba en la norma procesal, la nueva consideración como deber de aportación o el recurso de la equidad son prácticas jurisprudenciales adecuadas que conducen a dar por acreditado el daño por pérdida de la oportunidad, pese a no tener elementos de prueba del porcentaje de probabilidad perdida.

II. ¿El recurso de la carga dinámica o la equidad constituye una práctica jurisprudencial adecuada para relevar al demandante de la carga de probar el daño por pérdida de la oportunidad?

A continuación analizamos cómo funciona la teoría de la carga dinámica de la prueba incorporada en el inciso 2.^º del artículo 167 c.g.p., para verificar si el juez puede distribuir *ad hoc* la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil y del Estado, en especial la prueba del daño, sin violar las normas de carga de la prueba previstas en la norma sustancial; luego revisamos la interpretación jurisprudencial consistente en ver en esta norma un supuesto de deber-obligación de aportación de pruebas, para confirmar si con ello se solucionan los inconvenientes de distribuir la carga de la prueba del daño. Lo anterior nos permitirá concluir lo inadecuado de

consiste en el grado de verosimilitud o credibilidad que puede ser atribuido a la hipótesis formulada al caso concreto". PRÉVÔT, J. M. y CHAIA RUBÉN, A., *Pérdida de chance de curación*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2007, 153.

- 53 "En suma, el uso del teorema de Bayes produce una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una minusvaloración del peso que tienen las nuevas pruebas en el cálculo de la probabilidad final, lo que unido al resto de las dificultades comentadas merma su utilidad como modelo general de valoración". GASCÓN ABELLÁN, M., *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 67.
- 54 En este sentido, véase MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de la oportunidad*, cit., 303; PRÉVÔT, J. M. y CHAIA, R. A., *Pérdida de chance de curación*, cit., 154.

distribuir la carga o el deber de aportación de la prueba del daño por pérdida de la oportunidad para que sea el demandado quien deba probar ese daño.

De igual manera, revisamos las funciones de la equidad dentro de la actividad judicial para determinar si, a partir de la existencia normativa de la posibilidad de utilizarla en la valoración de la cuantía del perjuicio, resulta acertada la práctica jurisprudencial de los jueces de asignar en la sentencia un valor de 50 % a la probabilidad perdida, pese a reconocer la ausencia de pruebas que sustenten la existencia de ese porcentaje. Todo lo anterior, con el objetivo de sustentar que el recurso de la carga dinámica, de variar el concepto al de deber de aportación o la equidad, son prácticas adecuadas para relevar al demandante de la carga de probar el daño por pérdida de la oportunidad a través de la prueba del porcentaje de probabilidad perdida.

A. El empleo de la teoría de la carga dinámica no justifica el relevo para el demandante de la carga de probar su daño

Colombia ha adoptado legislativamente, en el inciso 2.º del artículo 167 c.g.p., una regla de distribución de carga de la prueba denominada *teoría de carga dinámica*, por oposición a una teoría estática; esto con el fin de permitir al juez hacer un desplazamiento *ad hoc* de la carga en cabeza de quien considere está en mejor condición de probar, por tener *la disposición o la facilidad* de aportar los medios probatorios.

Los partidarios de incluir esta nueva regla en los códigos procesales actuales consideran a las reglas anteriores de distribución de carga de la prueba como inflexibles y desiguales⁵⁵, pues entienden que ellas no consultan la equidad y la justicia material⁵⁶. Esto los lleva a justificar que sea el juez y no la ley quien se encargue de designar a quién corresponde la prueba de los hechos que conforman el supuesto fáctico de la norma a aplicar. Lo anterior sin importar la posición adoptada en el proceso, bien como demandante o demandado.

En cuanto a la constitucionalidad de esta norma, la Corte Constitucional, en sentencia C-086 de 2016, revisó la demanda en contra del apartado que faculta al juez para hacer uso de esta regla pues los accionantes consideraban que el dinamismo de la carga debía ser obligatorio y no potestativo. El alto tribunal concluyó que el artículo 167 c.g.p. no violaba la Constitución Política en relación con lo demandado; además, indicó que su aplicación por parte del juez es una “competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho”.

Sin adentrarnos en la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 167 c.g.p. en relación con el cargo estudiado, consideramos que haber dejado de forma

55 PEYRANO, J. W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en PEYRANO, J. W. (dir.), LÉPORI WHITE, I. (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2008, 80.

56 LÉPORI WHITE, I., “Cargas probatorias dinámicas”, en PEYRANO, J. W. (dir.), LÉPORI WHITE, I. (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 66. En el mismo sentido, véase ALEGRE, J. C., “Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños”, *ibid.*, 450.

abierta y a la discrecionalidad del juez la decisión de crear una regla de carga *ad hoc* para determinar cuáles hechos deben probarse y a quién le corresponde hacerlo, va en contravía de lo regulado previamente en las normas sustanciales sobre la carga de la prueba y sobre los presupuestos fácticos de la responsabilidad civil de los particulares y del Estado; esta facultad otorgada al juez para reformular la norma sustancial a su arbitrio desconoce los principios de legalidad y del debido proceso⁵⁷.

De igual manera, vemos que la inserción en nuestro medio de la teoría de la carga dinámica de la prueba ha generado una confusión sobre las nociones de carga, obligación y deber procesal previamente estudiadas; ello es así en tanto el inciso 2.^º del artículo 167 c.g.p. parece haber convertido lo que otrora se concebía como una carga en un deber o, peor aún, en una obligación. No cabe duda de que, si el juez decide en el proceso ordenar a una de las partes aportar un medio de prueba que no le corresponde por norma sustancial, o que no desea utilizar⁵⁸, tal situación deja de ser para el encartado un tema de carga con libertad de actuación, para entrar en el mundo de la coerción y la sanción.

Por lo anterior, nos sumamos a quienes consideran que la norma procesal⁵⁹ no puede dar vía libre al juez para alterar la carga de la prueba de los supuestos de hecho cuya distribución se encuentra consagrada previamente en la norma sustancial⁶⁰. Permitir al juez crear una regla de carga *ad hoc*, sin previo conocimiento de las partes de a quién le corresponde cumplirla, y sin una razón general para asignarla⁶¹, va en detrimento de la seguridad jurídica⁶² y de la imparcialidad.

-
- 57 FERRER BELTRÁN, J., “La carga dinámica de la prueba, entre la confusión y lo innecesario”, en NIEVA FENOLL, J. et al. (dirs.), *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2019, 79.
- 58 Hacemos alusión a la libertad de escoger los medios probatorios, no a un derecho a ocultar pruebas.
- 59 En Argentina se ha regulado este tema en el código sustantivo, admitiendo la distribución solo respecto a los factores de atribución, pero aun así el problema de la regla de distribución *ad hoc* persiste, pues siempre será el juez el que en cada caso concrete a quién le corresponde probar ese elemento, cambiando de forma particular los supuestos de hecho de la norma sustancial. Véase Código civil y comercial de la Nación (aprobado por Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014), Título v, Otras fuentes de las obligaciones, Capítulo 1, Responsabilidad civil, Sección 3.^a, Función resarcitoria, art. 1735, Facultades judiciales.
- 60 “Pero más allá de este problema, es criticable que el juez, por su solo criterio y en cualquier tipo de proceso, pueda cambiar las reglas sustantivas sobre las cuales las partes no sólo han planteado el litigio, sino que han constituido relaciones jurídicas en el ámbito del derecho privado. Esto trastoca todo el delicado entramado de equilibrios, de pesos y contrapesos, del orden jurídico sobre las pruebas de los hechos y la forma en que las personas desarrollan autónomamente su vida en el ámbito del derecho civil”. CORRAL TALCIANI, H., “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de código procesal civil”, cit., 112.
- 61 “En segundo lugar, Rosenberg reconoció que la distribución de la carga de la prueba no estaba sujeta a la discreción del juez, de los principios individuales o los resultados de las hipótesis, sino que tenía sus raíces en la ley, en la naturaleza y estructura de la norma jurídica”. PRÜTTING, H., “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 16, n.^º 1, 2010, 458, disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/issue/view/9/showToc> [consultado el 12 de febrero de 2020].
- 62 FERRER BELTRÁN, J., “La carga dinámica de la prueba, entre la confusión y lo innecesario”, cit., 78.

De emplearse de forma exagerada esta facultad en los procesos de responsabilidad civil o del Estado, se abriría la puerta para la generación de presunciones judiciales no previstas en la norma sustancial, lo cual contraría el principio democrático de la generalidad de la ley y del debido proceso. Como ejemplo de lo anterior, piénsese en un caso donde se discuta el cumplimiento de una obligación de medios –régimen subjetivo de responsabilidad–: si en este evento el juez distribuye la carga de la prueba del elemento culpa para imponer que sea el demandado quien pruebe su actuar no culposo, estaría haciendo un cambio en el régimen de responsabilidad aplicable.

Esto es así por cuanto, si el demandado no presenta la prueba ordenada, deberá aplicarse el sucedáneo de prueba imponiéndole una condena. Una decisión en ese sentido estaría basada tan solo en la prueba del daño y del nexo causal –como si se tratará de un régimen objetivo de responsabilidad–, sin haberse acreditado la culpa como elemento integrante del régimen de responsabilidad subjetivo que en principio era el aplicable.

Y peor aún si al discutirse la existencia de un daño por pérdida de la oportunidad el juez adoptara la postura de relevar al demandante de probarlo, para trasladar dicha carga al demandado. Aquí el victimario quedaría en una situación más compleja para su defensa que bajo un régimen objetivo de responsabilidad; así, si no satisface la carga asignada, se le condenará sin haberse acreditado en el proceso el daño, elemento imprescindible para cualquier condena por responsabilidad tanto civil como del Estado.

Situaciones como las anteriores desconocen lo prescrito en la norma sustancial sobre la carga de la prueba y los supuestos de hecho estructurales de la responsabilidad; lo anterior pone al demandado en una situación de sujeción al tener que aportar una prueba de los elementos de la responsabilidad que no le compete demostrar⁶³. El acto de probar en estas condiciones deja de ser una facultad libre⁶⁴. Asimismo, se incurre en una vulneración del derecho de defensa del demandado cuando, por decisión del juez, se le exige probar en contra de un elemento de la responsabilidad, sin respetar su facultad de elegir contra cuál de ellos desea probar; no debe olvidarse que, dependiendo del régimen por aplicar, el demandado podrá probar en contra del daño, del nexo o del factor de atribución, y le bastará con desvirtuar uno de ellos para ser exonerado.

-
- 63 Para Rojas, la teoría dinámica de la carga de la prueba no conduce a obligar a una parte a traer la prueba de un hecho que debía acreditar su contraparte; pese a ello, nosotros creemos que esto es precisamente lo que al final sucede, pues si la persona a quien se le distribuye la carga no arrima la prueba, se da por acreditado el hecho gracias a esa distribución la carga *ad hoc*. Se pasa entonces de una actividad probatoria movida por la libertad de obtener una ventaja o evitar una consecuencia, a una actividad constreñida por la sanción cierta de que no probar significa una decisión en contra. ROJAS GÓMEZ, M. E., “Iniciativa en la actividad probatoria, prueba de oficio y carga dinámica en el CGP”, *Código general del proceso, Ley 1564 de 2012 con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad, comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, 292.
- 64 “Pero sostener que deben aportar las pruebas sobre la base de ese deber de colaboración no justifica imponerles, además, la carga de la prueba. Lo primero sería una obligación de realizar un acto (p. ej., aportar el expediente médico), lo segundo es una obligación de resultado (p. ej., probar que no hubo negligencia médica)”. FERRER BELTRÁN, J., “La carga dinámica de la prueba, entre la confusión y lo innecesario”, cit., 79.

Se puede llegar a transgredir también el principio de libertad probatoria⁶⁵ si con la decisión de hacer la distribución *ad hoc* se le exige a la parte traer un medio de prueba determinado; esto ocurre regularmente en los procesos de responsabilidad médica en los cuales se asigna al demandado aportar un dictamen pericial para demostrar la ausencia del daño, del nexo o de la culpa.

Por último, y no menos importante, con la aplicación de la carga dinámica de la prueba se puede causar un resquebrajamiento de la imparcialidad⁶⁶. Al revisar las situaciones descritas en el artículo 167 c.g.p. que habilitan al juez para hacer la distribución *ad hoc*, y en especial aquella relacionada con el conocimiento técnico o académico, se evidencia una autorización al juez para hacer juicios subjetivos y presunciones *a priori* con el fin de sustentar su decisión de designar quién se encuentra en mejor posición de probar.

Esto se ve reflejado en los casos de responsabilidad médica; al existir un médico o una institución de salud demandada, el juez podría acreditar –al menos con su prejuicio– la configuración de esta excepción⁶⁷. La norma no le exige justificar las razones por las cuales considera a estos demandados en mejor posición de probar, basta el argumento de la calidad técnica que tiene el sujeto por fuera del proceso para avalar su decisión.

Uno de los principios fundamentales del derecho procesal es lograr un trato igual para quienes acudan al proceso⁶⁸. Demandante y demandado deben ser vistos como iguales por el sistema jurídico procesal, independientemente de las diferencias materiales que existan entre ellos. Pretender compensar esas diferencias en el proceso compromete la imparcialidad del juez⁶⁹ y lo invita a prejuzgar⁷⁰ con base en la posición que tiene cada sujeto por fuera del ámbito judicial.

65 Ley 1564 de 2012 (Diario Oficial n.º 48489 del 12 de julio de 2012), por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones, Sección tercera, Régimen probatorio, Título único, Pruebas, Capítulo I, Disposiciones generales, art. 165.

66 “Además, parece indudable que la facultad que se otorga al juez para distribuir la carga de la prueba de modo diferente a la establecida por la ley termina por amenazar su imparcialidad e independencia. Más de algún autor ha señalado que cuando el juez resuelve quién llevará el peso de la prueba ya está preanunciando cómo juzgará la causa, y quién será el favorecido por su resolución. Todo lo cual produce una indefensión para el perjudicado por la decisión del juez que invierte la carga de la prueba que está establecida legalmente”. CORRAL TALCIANI, H., “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de código procesal civil”, cit., 113.

67 El artículo 167 C.G.P. considera como excepciones, entre otras: 1. La cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba; 2. Las circunstancias técnicas especiales; 3. El haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio; 4. El estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.

68 Corte Constitucional, Sentencia C-690 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

69 TOSCANO LÓPEZ, F. H., *La imparcialidad en materia probatoria*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, 102.

70 Al respecto, compartimos una de las conclusiones de Rojas, para quien distribuir la carga de la prueba antes de la sentencia puede constituir un prejuzgamiento por parte del juez, en tanto al indicar cuáles hechos debe probar el demandante y cuáles el demandado ya está adelantando el sentido del

Bien afirma Toscano que las pruebas de oficio y la distribución de la carga de la prueba *ad hoc* no pueden ser motivadas por la necesidad de igualar las partes en el proceso, pues ello conduciría a dar vía libre a las decisiones de los jueces, fundadas en sus prejuicios⁷¹.

Así, la idea de igualar materialmente a las partes en el proceso no puede servir como excusa para generar el favorecimiento a una de ellas, incluso aunque se argüente una situación de dificultad de traer una prueba, o la situación de inferioridad de una parte respecto de la otra, pues, en palabras de Toscano, cuando el juez trata de tomar acciones para compensar estas diferencias dentro del proceso incurre en un desconocimiento del principio de igualdad⁷².

De esta manera, en un proceso de responsabilidad médica, tener conocimientos técnicos especiales no significa *per se* la posesión de un medio de prueba o la mayor facilidad para aportarlo; no estamos haciendo alusión a la historia clínica como prueba documental, que debe ser aportada al proceso, bien por el demandante o por el demandado, y la cual puede ser solicitada mediante un derecho de petición.

Nos referimos a la exigencia de aportar un dictamen pericial a cargo de quien tiene conocimiento técnico o científico, pues una decisión en ese sentido estaría basada en prejuicios sobre el oficio o sobre la capacidad económica del demandado frente al demandante, no en la existencia de una dificultad de aportación. Para hacer una distribución *ad hoc*, indica Toscano, el juez debe previamente verificar si la parte a quien le va a asignar la carga de aportar una prueba tiene el medio probatorio en su poder y no lo ha querido aportar⁷³.

Si nos ubicamos en los eventos de pérdida de la oportunidad, existe una dificultad tanto para el demandante como para el demandado –aunque este sea un profesional o institución de la salud– de aportar pruebas sobre el porcentaje de probabilidad perdida; ninguno de ellos tiene en su poder una prueba que en sí misma conduzca a la acreditación del porcentaje de probabilidad perdida, puesto que cada caso es particular.

En estos casos debe haber un análisis de probabilidad lógica con el objetivo de definir un porcentaje estadístico y aproximativo, para determinar el porcentaje de probabilidad perdido por la víctima, pero no se busca un porcentaje en términos de lógica matemática. Serán los diferentes medios de prueba allegados al proceso por el

fallo. Véase ROJAS GÓMEZ, M. E., “Iniciativa en la actividad probatoria, prueba de oficio y carga dinámica en el CGP”, cit., 294.

71 TOSCANO LÓPEZ, F. H., *La imparcialidad en materia probatoria*, cit., 105.

72 “Cuando el juez considera que una de las partes está en situación de desventaja o desigualdad, podría por esta vía dar nacimiento a una serie de prejuicios inadmisibles, con fundamento en ellos, dar paso a sentimientos de solidaridad, alteridad o animosidad respecto de las partes, teniendo como único fundamento las preocupaciones que el juez tenga sobre las partes, por lo que ellas personifican o simbolizan (en especial por su situación de inferioridad), llevándolo a perder su neutralidad”. *Ibid.*, 106.

73 *Ibid.*, 108.

demandante los que permitirán alcanzar este cometido, pues no existe previamente un medio de prueba particular en poder de alguna de las partes con el poder de satisfacer por sí solo la necesidad de prueba de este valor.

La condición de tener el medio probatorio por una de las partes y la imposibilidad de la otra para acceder a él justifican hacer la distribución de la carga. No es la ausencia de conocimiento técnico o académico lo que imposibilita el acceso a un medio probatorio, y menos cuando el nuevo código procesal permite hacer uso del dictamen de parte; cualquiera, sea el demandante o el demandado, profesional de la salud o no, puede acudir a profesionales especializados o instituciones para obtener dicho medio de prueba.

Así las cosas, no resulta clara la justificación de exigirle a una de las partes traer un medio de prueba que no tiene, solo por el hecho de contar con conocimientos técnicos sobre el tema objeto de discusión; valdría la pena preguntarse si con la aplicación de esta excepción se busca lograr una igualdad no en cuanto a la facilidad de aportar una prueba, sino en cuanto al conocimiento técnico o científico⁷⁴. Si esta es la verdadera razón de la carga dinámica de la prueba, entonces no hay duda de que su uso en esta causal es prejuicioso, viola la igualdad, el debido proceso y el derecho de defensa.

Si se insiste en defender la distribución de la carga *ad hoc*, solo podrá hacerse ante la ausencia de pruebas que le permitan al juez tomar una decisión⁷⁵, o ante una situación grave de imposibilidad de aportar la prueba⁷⁶ que conduzca a sacrificar los derechos de una de las partes, pero no podrá aplicarse nunca el sucedáneo en contra de quien se le impuso probar y no lo hizo⁷⁷.

En suma, no compartimos la distribución de la carga de la prueba del daño perdida de la oportunidad. Si el juez así lo hace, no podrá declarar la existencia de una obligación de reparar, independiente de a quién le haya impuesto esa carga, si no se verifica que están probados en el proceso, el daño, la imputación y el fundamento –o factor de atribución de responsabilidad–⁷⁸. De no ser así, toda condena estaría basada en una presunción judicial de los elementos de la responsabilidad, lo cual va en contravía de la norma sustancial.

74 Incluso hoy en día es común que los abogados demandantes en temas de responsabilidad médica sean profesionales de la salud, con lo cual no habría por qué pensar en estos casos en un estado de inferioridad para el demandante que habilite al juez a hacer una distribución de la carga de la prueba.

75 PEYRANO, J. W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, cit., 77. En el mismo sentido, véase BELÉN TEPSICH, M., “Cargas probatorias dinámicas”, en PEYRANO, J. W. (dir.), LÉPORI WHITE, I. (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, cit., 155.

76 Corte Constitucional, Sentencia T-074 de 2018, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

77 Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

78 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 9.193.

B. El recurso de considerar el inciso 2.^º del artículo 167 c.g.p. como un deber de aportación de pruebas no soluciona los problemas de la imposibilidad de distribuir la carga de la prueba del daño

Los inconvenientes sobre el concepto de carga de la prueba y su eventual distribución fueron puestos en evidencia en la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 28 de junio de 2017. El alto tribunal civil sostuvo que no le es dado al juez cambiar o modular la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil, pues ello violaría el principio de legalidad y el debido proceso⁷⁹.

Para evitar estas consecuencias negativas, considera la Corte la necesidad de reinterpretar la norma y cambiar el concepto de carga al de *deber-obligación*⁸⁰ de aportación, con lo cual pretende solucionar la eventual inaplicabilidad del inciso 2.^º del artículo 167 C.G.P.

De esta manera el artículo 167 c.g.p. en su inciso 1.^º regula un tema de *carga* de la prueba con todas sus consecuencias por estar acorde con las normas sustanciales que regulan los elementos de la responsabilidad civil de los particulares y del Estado. A partir del inciso 2.^º, comienza a adentrarse en el campo del *deber de aportación* de las pruebas que, valga decir, no puede constituir nunca una verdadera obligación procesal, pues no existe un derecho correlativo que permita su exigencia ni por parte del juez ni de la otra parte.

Estamos de acuerdo con la posición del alto tribunal de no avalar la facultad del juez para variar la distribución de la carga de la prueba, por los riesgos de la violación del principio de legalidad y del debido proceso. No obstante, la mutación del concepto de *carga* al de *deber de aportación* no soluciona todos los problemas previamente planteados y cambia drásticamente el panorama de las consecuencias por su incumplimiento.

Lo primero que se debe destacar es la imposibilidad para el juez de hacer uso del sucedáneo de prueba si se deja de hablar de carga y se entra en el terreno del deber. Si se solicita una prueba a alguna de las partes, su incumplimiento ya no puede apagar la aplicación de la regla de cierre en donde el juez toma la decisión en contra

79 “La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su *distribución* únicamente pueden estar prestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 9193.

80 No compartimos el concepto de deber-obligación, pero sí estamos de acuerdo con no ver en dicho inciso 2.^º un tema de carga: véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 9193.

de quien debía probar y no lo hizo. De igual forma, sigue la restricción de forzar a la parte a probar un hecho determinado que previamente no le corresponde demostrar por norma sustancial⁸¹.

No obstante, este cambio apareja consecuencias para quien incumpla con el deber de aportación; entre ellas se ha considerado valorar esa conducta como un indicio en contra⁸², sumada a la sanción, a título de multa, conforme a los poderes correccionales del juez⁸³. Otros consideran que la consecuencia procesal por el incumplimiento del deber de aportar una prueba no sea el indicio en contra sino dar por acreditado el hecho que se buscaba probar si era susceptible de la prueba de confesión.

La consecuencia del indicio en contra resulta adecuada, en cuanto sea considerado en conjunto con las otras pruebas arrimadas al proceso. No así la sanción a título de multa, ni la idea de dar por cierto el hecho si no se cumple con el deber de aportación; estas últimas consecuencias están sustentadas en una interpretación analógica del inciso 2.º artículo 238 y del artículo 233 c.g.p., pero lo regulado en ellas no es similar al hecho de no cumplir con el deber de aportar una prueba, cuya carga no le corresponde. Por ello, al no ser situaciones similares, y al tratarse de sanciones, no vemos correcto hacer esta analogía.

Adicionalmente, aceptar como válidas las consecuencias diferentes al indicio en contra conlleva hacer más grave para la parte encartada su situación, si se compara con la que tenía cuando se asumía esta facultad de distribución del juez como un tema de carga; antes no había sanción ni posibilidad de coerción. Incluso, se podría estar desconociendo el derecho de no autoincriminación que debe respetarse en todos los ámbitos de las relaciones del Estado con las personas⁸⁴.

El correcto entendimiento de lo regulado en el artículo 167 c.g.p. debe llevarnos a comprender que nada ha cambiado; la carga de probar sigue siendo la misma, está distribuida previamente en la norma sustancial que consagra los elementos de la responsabilidad civil y del Estado, dejándola en cabeza del demandante salvo los eventos de presunciones legales. El cambio hacia el concepto de deber de aportación no habilita al juez a hacer uso de la regla de cierre, ni tampoco le permite imponer una multa en caso de incumplimiento por no estar previamente prescrito este deber particular con su correlativa sanción.

81 Creemos que es un error de la jurisprudencia avalar que el juez ordene probar un hecho específico a quien no tiene la carga de probarlo, pues ello viola la norma sustancial, tal y como se hace en esta decisión: véase Corte Constitucional, Sentencia T-615 de 2019, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

82 Ley 1564 de 2012 (código general del proceso), Libro primero, Sujetos del proceso, Sección cuarta, Providencias del juez, su notificación y sus efectos, Título I, Providencias del juez, Capítulo I, Autos y sentencias, art. 280.

83 Ley 1564 de 2012 (código general del proceso), Libro primero, Sujetos del proceso, Sección primera, Título III, Deberes y poderes de los jueces, art. 43, Poderes de ordenación e instrucción.

84 Corte Constitucional, Sentencia C-422 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

En conclusión, es carga del demandante probar el daño sufrido, sin que pueda distribuirse dicha prueba por parte del juez sin violar las normas sustanciales sobre la responsabilidad civil de los particulares o del Estado. Tampoco resulta válido acudir al concepto de deber de aportación para variar esta distribución, por lo cual, si estamos frente a un daño por pérdida de la oportunidad, no podría ordenarse al demandado aportar la prueba de la no existencia de ese tipo de daño; incluso en eventos de responsabilidad médica, esto no sería tampoco posible aunque se aduzca la calidad de profesional o de una institución de salud de la parte demandada, pues, tal y como hemos expresado, esta circunstancia no conlleva *per se* la existencia de un medio de prueba particular en sus manos.

No sobra en este punto mencionar lo expresado por Pico i Junoy cuando, al referirse al trabajo de Eduardo J. Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil, indica que este, “expresamente, recogió la referente a la prueba, llegando a afirmar que ‘la ley que haga imposible la prueba [en el proceso], es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa’”⁸⁵. Es tan reprochable que el actor no tenga forma de probar como poner al demandado en una situación de imposibilidad de defensa.

Una vez expuestas las dificultades de aplicación de la regulación de la carga dinámica de la prueba y su interpretación de deber de aportación, pasamos a revisar si el recurso a la equidad, utilizado por la jurisprudencia colombiana, sirve para relevar al demandante de la carga de la prueba del porcentaje de probabilidad perdida.

C. La equidad como criterio auxiliar de la actividad jurisdiccional

En Colombia, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991^[86], para tomar una decisión los jueces están sometidos a lo prescrito en la ley como fuente principal. Podrán acudir a la equidad como un criterio auxiliar de su actividad judicial y excepcionalmente como un criterio formal. Comprender cuándo puede ser el sustento único de la decisión, y cuáles son las funciones como criterio auxiliar, servirá para revelar el papel que cumple la equidad respecto a la prueba del daño perdida de la oportunidad.

La equidad, en principio, no puede ser un criterio formal y único para fundamentar las decisiones judiciales⁸⁷. No obstante, existen algunos escenarios en donde adquiere este carácter, como son los casos en donde las partes, siendo capaces, ha-

85 PICÓ I JUNOY, J., “La iniciativa probatoria del juez civil en la doctrina de Eduardo J. Couture”, cit., 102.

86 Constitución Política de Colombia, Título VIII, De la Rama Judicial, Capítulo I, De las disposiciones generales, art. 230.

87 En este sentido manifiesta M’Causland Sánchez que en la Asamblea Nacional Constituyente, ante el temor de que la equidad fuera considerada como un principio general aplicable a todos los casos, se optó por darle la categoría de criterio auxiliar. Véase M’CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, 116.

bilitan al juez para fallar en equidad en conflictos sobre derechos disponibles⁸⁸. Para M'Causland, esto mismo sucedería en las decisiones de los jueces de paz y en las de los árbitros cuando han sido habilitados por las partes para fallar en equidad⁸⁹.

Al margen de estos eventos de uso de la equidad como fuente formal, es claro que el papel general de la equidad en la actividad judicial es el de ser un criterio auxiliar. La Corte Constitucional la ha considerado como un objeto jurídico indeterminado⁹⁰, asimilable en su estructura, mas no en sus efectos y forma de aplicación, a los principios generales del derecho. En estos términos, la función de la equidad es la de ser un medio interpretativo, sin que pueda usarse como fuente directa para fundamentar una decisión⁹¹.

Como criterio auxiliar de la actividad judicial, la equidad puede cumplir varias funciones⁹². Para explicar cada una de ellas vamos a seguir a María Cecilia M'Causland, quien en su obra sobre equidad judicial y responsabilidad extracontractual considera que la primera función de la equidad es la interpretativa –*secundum legem o propter legem*–. El juez deberá hacer efectiva esta función en eventos en los que, a pesar de existir una respuesta en el ordenamiento para el caso estudiado, esta resulta ser injusta. Así, con fundamento en el artículo 5 de la Ley 153 de 1887 y en el artículo 32 c.c.⁹³, interpretará las normas oscuras, o incluso claras, para encontrar la solución justa.

Para la mencionada autora, la segunda función de la equidad es la integradora –*praeter legem*–. Aquí es la ley la encargada de deferir explícitamente el uso de la equidad habilitando al juzgador para decidir con fundamento en ella un asunto específico. Considera M'Causland que esta función se dará de igual forma cuando haya un vacío normativo; así, cuando el fallador no encuentre en el ordenamiento una respuesta para el caso concreto y no pueda solucionarlo a través de la *analogia legis*, de la doctrina constitucional o de la aplicación de las reglas generales del derecho (art. 8 de la Ley 153 de 1887), podrá hacer uso de dicha función. En este punto la autora reconoce la ausencia de una ley expresa que permita esta última aplicación de la

88 Ley 1564 de 2012 (código general del proceso), Libro primero, Sujetos del proceso, Sección primera, Título III, Deberes y poderes de los jueces, art. 43, Poderes de ordenación e instrucción.

89 M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, cit., 133.

90 Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

91 “5.2.7. Al lado de estas tres fuentes del derecho –Constitución, ley y costumbre– la Carta prevé la existencia de cuatro criterios auxiliares de la actividad judicial. La segunda frase del artículo 230 reconoce como tales a la doctrina, a la equidad, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho. Tales criterios, según lo ha entendido esta Corporación, son recursos para la interpretación que, dada su calificación constitucional, nacen despojados de toda posibilidad para ‘servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales’. Se trata pues de recursos interpretativos que pueden contribuir a la fundamentación de las decisiones, pero nunca ser la razón de las mismas”. Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

92 Corte Constitucional, sentencias SU-837 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-284 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

93 M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, cit., 142 y ss.

equidad; no obstante, cree que así debe hacerse si se pretende alcanzar una solución justa para el caso concreto⁹⁴.

Por último, M'Causland hace alusión a la función correctora –*contra legem*–. Así, a pesar de existir una solución para el caso concreto, si esta resulta ser injusta, el juez con apoyo en la equidad debe corregirla, ir en contra de ella para dar una justa solución. La autora reconoce las dificultades que trae aceptar esta aplicación de la equidad para la seguridad jurídica y el tema de la división de poderes. Aun así, la considera aplicable en Colombia tal y como ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional para casos límite⁹⁵.

En conclusión, para los eventos de la prueba de la existencia de una pérdida de la oportunidad en los procesos de responsabilidad y del Estado debemos dejar de lado los eventos en los cuales la equidad puede servir como criterio formal y único de la decisión. En estos casos su aplicación sería excepcional y necesitaría siempre de la autorización de ambas partes. Ahora bien, en cuanto a las diferentes funciones de la equidad como criterio auxiliar, resulta necesario estudiar si, haciendo uso de alguna de ellas, el juez puede decidir dar por acreditado un porcentaje de probabilidad perdida, aunque no exista prueba de ello en el expediente.

D. El recurso a la equidad como criterio auxiliar no sirve para relevar al demandante de la carga de probar el porcentaje de probabilidad perdida

Hemos establecido que la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial puede cumplir una función interpretativa –*secundum legem o propter legem*–, integradora –*praeter legem*– o correctora –*contra legem*–. Para la prueba de la existencia de una pérdida de la oportunidad en los procesos de responsabilidad civil y del Estado resulta necesario revisar el ejercicio de la función integradora –*praeter legem*–, en tanto el artículo 16 de la Ley 446 de 1998^[96] permite al juez acudir a la equidad para resolver un aspecto particular de estos procesos, como lo es la cuantía del perjuicio.

Con el ánimo de verificar el alcance de esta posibilidad normativa, resulta necesario retomar la distinción que se ha propuesto entre las nociones de daño y de perjuicio. Si bien esta clasificación no tiene una acogida mayoritaria en la jurisprudencia y en la doctrina^[97],

94 *Ibid.*, 150 y ss.

95 *Ibid.*, 164 y ss.

96 Ley 446 de 1998 (Diario Oficial n.º 43335 del 8 de julio de 1998), por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del código contencioso administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, Parte II, De la eficiencia en la justicia, Título 1, Normas generales, art. 16.

97 En este sentido, Cortés considera que si se define al daño como las consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión a un interés, se supera la distinción entre daño y perjuicio, o deja de tener utilidad; véase CORTÉS, É., *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

cuenta con algunos defensores⁹⁸. Distinguir estos dos conceptos ayudará a establecer sobre cuáles aspectos probatorios de la pérdida de la oportunidad es viable acudir a esta función de la equidad.

Así, el *daño* es considerado el hecho jurídico, es el evento apreciado por el derecho como relevante y susceptible de una reacción, siempre que haya vulnerado un derecho subjetivo o un interés lícito; puede generar para la víctima unas consecuencias negativas, llamadas *perjuicios*, los cuales son los que deben ser reparados, en tanto se hace imposible restablecer la muerte⁹⁹ o la lesión física o moral de una persona. Lo que resulta procedente es entrar a reparar o compensar los efectos negativos ocasionados en el patrimonio de la víctima, bien desde el ámbito material o inmaterial¹⁰⁰.

En los procesos donde se discute la existencia de pérdida de una oportunidad es usual que se presenten dificultades probatorias; esto hace que los jueces acudan a la equidad con fundamento en el mencionado artículo 16 de la Ley 448 de 1996, para dar por acreditado el daño pérdida de la oportunidad. No obstante, al entender la oportunidad perdida como un daño y no como un perjuicio empieza a emerge lo inapropiado del uso de esta norma por desconocer las reglas de la carga de la prueba y las diferentes funciones de la equidad.

Lo anterior es así en tanto el artículo 16 mencionado sirve para apreciar el monto de las consecuencias que produjo un daño previamente demostrado¹⁰¹, no para acreditar el hecho jurídico generador de la obligación de reparar. Si no se ha probado el porcentaje de probabilidades perdidas, no se ha probado el daño, y sin la prueba de este no puede existir responsabilidad ni, mucho menos, concretarse el valor de un perjuicio cuyo daño, que lo origina, no se ha demostrado¹⁰².

2009, 49. Por su parte, Henao considera que si bien es útil la distinción, en la práctica no trae consecuencias; véase HENAO, J. C., *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, 77.

98 MÁRQUEZ, J. F., “Indemnización de la pérdida de chance u oportunidad (en la doctrina y jurisprudencia nacionales)”, en *Reparación de daños y responsabilidad civil 1*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 2009, 154; PAILLET, M., *La responsabilidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 255.

99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 9 de julio de 2012, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. 2002-00101, y del 30 de septiembre de 2016, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 13.925.

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de junio de 2018, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, exp. SC 2107.

101 “[D]e lo que se desprende, en las descritas circunstancias, que no sea posible reclamar con éxito la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, como quiera que dicha disposición parte del supuesto de un daño resarcible, esto es, de un daño cierto y no eventual, o ayuno de certidumbre”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de junio de 2005, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. En el mismo sentido, véase M’CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, cit., 402.

102 “Si no se prueba la existencia del daño no hay por qué liquidar tal daño por el juez. Ni siquiera se pueda hablar de recurrir a suplir el defecto de prueba con la valoración equitativa que, como es sabido, presupone la prueba de la existencia del daño, y que sólo tiene por objeto la determinación del

Así mismo, con la aplicación de esta norma se extralimita el alcance de las funciones de la equidad. Para M'Causland, “parece obvio que la aplicación de la equidad *praeter legem* debe ajustarse, en el caso indicado, al ámbito de la autorización conferida, pues ella determina el alcance del vacío normativo”¹⁰³. En este sentido, la práctica jurisprudencial en los procesos de pérdida de la oportunidad, en los que el juez da por probado el daño, pero reconoce no tener prueba del porcentaje de probabilidad perdida y, aun así, decide asignar un valor de 50 % a esa probabilidad, constituye un uso inadecuado de esta función de la equidad¹⁰⁴.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de febrero de 2016, indicó que el uso de la equidad solo se permite en casos límite donde no pueda acreditarse el monto del perjuicio, pero bajo el entendido de tener ya acreditada la existencia del daño¹⁰⁵. También manifestó, en otra providencia, que aunque existe la posibilidad de usar la equidad para acreditar la cuantía de los perjuicios, al ser una situación excepcional, debe primero hacerse un esfuerzo para traer al proceso las pruebas que los acrediten. Esto con el fin de garantizar el derecho de contradicción de la contraparte y la objetividad de la decisión¹⁰⁶.

Así, fundamentar una decisión bajo el recurso de la equidad y el principio de reparación integral cuando no se ha intentado recaudar pruebas tendientes a establecer la existencia del daño resulta ser una práctica inadecuada. Decisiones de este tipo van en contra de las reglas de la argumentación jurídica, del debido proceso,

quántum de tal daño”. DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975, 550.

103 M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, cit., 164.

104 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 15 de junio de 2000, C.P.: María Elena Giraldo Gómez, exp. 12.548; del 26 de abril de 2001, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 13.675; del 14 de junio de 2001, C.P.: María Elena Giraldo Gómez, exp. 13.006; del 24 de enero de 2002, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 12.706; del 13 de julio de 2005, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, exp. 13.542; del 5 de abril de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25.706; del 3 de agosto de 2017, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 39806, y del 10 de abril de 2019, C.P.: Alberto Montaña Plata, exp. 40916.

105 “Es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de febrero de 2016, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 2068.

106 “El principio de equidad, como imperativo de equilibrada medida con que los jueces deben obrar, constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial (artículo 230 C.N.) que a pesar de su importancia en la tasación de los perjuicios irrogados a las personas (artículo 16 de la ley 446 de 1998), carece de alcance para dispensar la prueba que debe soportar las decisiones judiciales condenatorias, siempre que el interesado y el juez dentro de la dialéctica del proceso, puedan obtener la presencia física de elementos suyas ojos objetivos que garanticen el derecho de contradicción a la parte obligada a indemnizar”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de junio de 2007, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, exp. 2001-00152.

del principio de legalidad y del principio de necesidad de la prueba¹⁰⁷, a la vez que violan el principio de congruencia.

Ejemplo de esta práctica inadecuada puede verse en la decisión del 21 de marzo de 2012 del Consejo de Estado en la cual se aduce sustentar los perjuicios de la pérdida de la oportunidad en la equidad, sin haber probado el daño, pues nunca se demostró el porcentaje de probabilidad perdida por el demandante pese a reconocerse expresamente la necesidad de su prueba¹⁰⁸. No resulta coherente lo argumentado en la decisión en cuanto considera como fundamental e ineludible acudir a la estadística para concretar el porcentaje de probabilidad perdido para que dicha concreción no sea un tema de mera especulación –con lo cual estamos totalmente de acuerdo–, y finalmente concluye que ante la ausencia de pruebas para concretar dicho porcentaje se acude a la equidad para sustentar una condena. Una decisión en tal sentido carece de todo soporte probatorio, contraría las reglas de la argumentación¹⁰⁹ y no hace un uso adecuado de la equidad como criterio auxiliar en su modalidad *praeter legem*¹¹⁰.

Tampoco estamos de acuerdo en acudir a la equidad en su función integradora –*praeter legem*–, bajo el argumento de que estar ante una imposibilidad de prueba haga aplicable el principio de que nadie está obligado a lo imposible¹¹¹. Compartimos en su gran mayoría lo dicho por M’Causland en su trabajo en relación con el tema de las funciones de la equidad en la actividad judicial, pero nos apartamos en este punto de considerar la prueba del porcentaje de probabilidad perdida como una tarea imposible que abre la posibilidad de acudir a la equidad¹¹².

No compartimos lo anterior bajo el entendido de que, tal y como lo hemos planteado, la estadística en estos casos sirve para concretar el porcentaje de probabilidad perdida desde un ámbito aproximativo; no se exige una prueba conforme a cálculos probabilísticos de modelos matemáticos por la imposibilidad lógica de cumplirlos. Solo se pide al demandante satisfacer su carga probatoria con fundamento en el

107 Ley 1564 de 2012 (código general del proceso), Sección tercera, Régimen probatorio, Título único, Pruebas, Capítulo 1, Disposiciones generales, art. 164, Necesidad de la prueba.

108 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de marzo de 2012, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 22.017. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 16 de septiembre de 2011, C.P.: Gladys Agudelo Ordóñez, exp. 22.030; del 31 de mayo de 2013, C.P.: Danilo Rojas Bentancourth, exp. 31.724; del 24 de julio de 2013, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 27.743, y del 5 de abril de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25.706.

109 BERNAL PULIDO, C., *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 68.

110 “Queda claro, entonces, que la intervención de la equidad en la valoración de los daños, en cumplimiento del artículo 16 de la ley 446 de 1998, constituye un recurso válido cuando, estando probada su existencia, la demostración de su cuantía es imposible, caso en el cual este criterio auxiliar cumple su función integradora del ordenamiento, en la medida en que sobre ese aspecto particular no rigen las normas que regulan las cargas probatorias”. M’CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, cit., 402.

111 *Ibid.*, 394.

112 *Ibid.*, 564.

principio de la libertad de prueba. Esos datos estadísticos servirán para dotar de objetividad la decisión judicial.

Acudir a la equidad ante las dificultades de la prueba en los eventos de pérdida de una oportunidad va en contravía del principio de congruencia¹¹³. Permitir al juez, al momento de la sentencia, definir bajo su criterio y sin pruebas cuál fue el daño padecido por el demandante, asumiendo el porcentaje de probabilidad perdida con fundamento en la equidad, viola este principio por no estar en consonancia con lo solicitado y posteriormente probado en el proceso.

De igual manera se viola el debido proceso y el derecho de defensa del demandado, en tanto el mismo no podrá allegar pruebas para controvertir la existencia del daño y su magnitud, pues solo tendrá conocimiento de esto en la sentencia. Aunque se haga una ponderación en el caso concreto, no hay razón que permita sustentar, con apoyo en la equidad¹¹⁴, que solo al final del juicio, y por decisión autónoma del juez, el demandado se entere de qué se le estaba reprochando, en otras palabras, que apenas en la sentencia conozca cuál fue el daño por el cual fue demandado.

En conclusión, la prueba del porcentaje de probabilidad perdido sirve para concretar la existencia del daño, siendo carga de la parte demandante acreditarlo en el proceso. La práctica jurisprudencial de dar por acreditado el porcentaje de probabilidad perdido pese a no tener pruebas que lo sustenten, no es una aplicación válida de ninguna de las funciones de la equidad. Ni la vía del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, ni el argumento de estar ante una imposibilidad de prueba en este tipo de casos, habilitan al juez para dar por probado el daño por pérdida de la oportunidad.

Conclusiones

1. Las normas sustanciales en Colombia son las encargadas de distribuir la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual y extracontractual; esto se ve reforzado con la regla procesal prevista en el artículo 1757 c.c. respecto de la carga de probar el nacimiento de la obligación o su extinción.

2. La conducta de probar los supuestos de hecho afirmados en un proceso constituye una típica *carga procesal*, cuya función principal es evitar que el juez funde sus decisiones en su saber privado o íntima convicción. La mutación de este concepto al de *deber de aportación* no soluciona los problemas de violación del derecho de defensa, debido proceso y principio de legalidad; por el contrario, esta postura agrava drásticamente el panorama para las partes en relación con las consecuencias por su incumplimiento.

113 Corte Constitucional, sentencias T-450 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y T-590 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

114 En este sentido argumenta M'Causland Sánchez que la aplicación por parte del juez de la equidad como criterio auxiliar en un caso concreto no puede conducir a la vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales de una de las partes. Véase M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, cit., 288.

3. En la actualidad, la *pérdida de una oportunidad* es concebida como una especie de daño, siendo carga de la parte demandante probar los requisitos para su configuración; por ello, si no se prueba el porcentaje de probabilidad perdida no se ha acreditado la existencia del daño ni su extensión. Así, la práctica jurisprudencial donde el juez da por probado el daño, pero reconoce no tener prueba del porcentaje de probabilidad perdida, y aun así decide asignar un valor de 50 % a esa probabilidad, es un uso inadecuado de la función *praeter legem* de la equidad.

4. La teoría de la carga dinámica anima al juez para crear reglas de carga *ad hoc* dentro del proceso, lo cual conduce a la violación de los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, pues se cambian los supuestos de hecho de la norma sustancial. Además, con su uso se borra el carácter libre del acto de probar y se lesiona la igualdad procesal, ya que el juez acude a la distribución bajo el prejuicio de la posición que tiene cada sujeto por fuera del ámbito judicial previo al inicio del proceso, y no en relación con la existencia real de un medio de prueba en cabeza de una de las partes.

5. En los eventos de pérdida de la oportunidad, tanto el demandante como el demandado se encuentran en una dificultad de aportar pruebas, pues ninguno de ellos tiene en su poder un medio de prueba que en sí misma conduzca a la acreditación del porcentaje de probabilidad perdida. En consecuencia, acudir al prejuicio de la condición de tener un conocimiento técnico o académico en cabeza de una de las partes no justifica la decisión de hacer una distribución de la carga de la prueba en estos casos.

6. Acudir a la equidad ante las dificultades de la prueba en los eventos de pérdida de una oportunidad, va en contravía del principio de congruencia y del derecho de defensa, en tanto, al momento de la sentencia, es el juez quien define bajo su criterio, y sin pruebas, cuál fue el daño padecido por el demandante al dar por sentado el porcentaje de probabilidad perdida, sin que ello esté en consonancia con lo solicitado y probado en el proceso.

Referencias

Legislación

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código Civil Colombiano, ley 84 del 26 de mayo de 1873. Diario Oficial n.º 2.867.

Ley 446 de 1998, *Diario Oficial* n.º 43335 del 8 de julio de 1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

Ley 1564, *Diario Oficial* n.º 48489 del 12 de julio de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795/2014.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

C-070 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-486 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-029 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

C-333 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

C-1512 de 2000, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

T-450 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

C-422 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

SU-837 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

T-590 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

C-275 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

C-690 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

T-264 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

C-1008 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

C-203 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

T-733 de 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

C-279 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C-838 de 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

C-284 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

C-086 de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

C-091 de 2018, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

T-074 de 2018, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

T-615 de 2019, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

Sentencias

4 de abril de 1968, M.P.: Fernando Hinestrosa. Gaceta Judicial, Números 2297 a 2299.

7 de septiembre de 2001, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 6.171.

26 de septiembre de 2002, M.P.: Jorge Santos Ballesteros, exp. 6.878.

23 de junio de 2005, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, exp. 058-95.

27 de junio de 2005, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

27 de junio de 2007, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, exp. 2001-00152.

24 de agosto de 2009, M.P.: William Namén Vargas.

9 de septiembre de 2010, M.P.: William Namén Vargas, exp. 2005-00103.

9 de julio de 2012, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. 2002-00101.

4 de agosto de 2014, M.P.: Margarita Cabello Blanco. Exp. SC 10.261

5 de agosto de 2014, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 10297.

22 de febrero de 2016, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 2068.

29 de abril de 2016, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, exp. SC 5516-2016.

30 de septiembre de 2016, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 13.925.

28 de junio de 2017, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC 9193.

18 de julio de 2017, M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, exp. SC 10.291.

30 de octubre de 2017, M. P.: Luis Alonso Rico Puerta, exp. SC 17654.

15 de noviembre de 2017, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, exp. SC 18476.

19 de diciembre de 2017, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, exp. SC 21828.

12 de junio de 2018, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, exp. SC 2.107.

Autos

17 de septiembre de 1985, M. P.: Horacio Montoya Gil, Gaceta Judicial, t. CLVVV, n.º 2419, 1985, 427.

17 de febrero de 2014, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda, exp. AC 607-2014.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera

Sentencias

15 de junio de 2000, C.P.: María Elena Giraldo Gómez, exp. 12.548

26 de abril de 2001, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 13.675.

14 de junio de 2001, C.P.: María Elena Giraldo Gómez, exp. 13.006.

22 de junio de 2001. C.P.: María Elena Giraldo Gómez, exp. 12.701.

24 de enero de 2002, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 12.706.

10 de junio de 2004, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, exp. 25.416.

13 de julio de 2005, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, exp. 13.542.

18 de febrero de 2010, C.P.: Ruth Estella Correa Palacio, exp. 17.866.

11 de agosto de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18593.

24 de marzo de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 18.948.

27 de abril de 2011, C.P.: Gladys Agudelo Ordóñez, exp. 18.714.

8 de junio de 2011, C.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 19.360.

7 de julio de 2011, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 10.139.

16 de septiembre de 2011, C.P.: Gladys Agudelo Ordóñez, exp. 22.030.

26 de enero de 2012, C.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 21.726.

27 de enero de 2012, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 20.614.

8 de febrero de 2012. C.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 21.803.

21 de marzo de 2012, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 22.017.

31 de mayo de 2013, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, exp. 31.724.

24 de julio de 2013, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 27.743

24 de octubre de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero, exp. 25.869.

12 de febrero de 2014, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 34.125.

12 de febrero de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 40.802.

5 de marzo de 2015, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 34.921.

23 de septiembre de 2015, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 38.522

3 de octubre de 2016, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 40.057.

5 de abril de 2017, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25.706.

3 de agosto de 2017, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 39806.

12 de octubre de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 42.803.

5 de julio de 2018, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 44.740.

- 1 de octubre de 2018, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 46.375
- 1 de octubre de 2018, C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas, exp. 46.389.
- 30 de mayo de 2019, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico, exp: 48.890.
- 10 de abril de 2019, C.P.: Alberto Montaña Plata, exp. 40916.

Doctrina

ALEGRE, J. C., “Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños”, en PEYRANO, J. W. (dir.), LÉPORI WHITE, I. (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, 441-454.

AZULA CAMACHO, J., *Manual de derecho procesal*, t. iv, *Pruebas judiciales*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 2018.

BELÉN TEPSICH, M., “Cargas probatorias dinámicas”, en PEYRANO, J. W. (dir.), LÉPORI WHITE, I. (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, 153-167.

BERNAL PULIDO, C., *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

CORRAL TALCIANI, H., “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de código procesal civil”, *Cuadernos de Extensión Jurídica. Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Universidad de los Andes, n.º 23, 2012, 107-117, disponible en: <https://www.uandes.cl/cuadernos-de-extension/> [consultado el 31 de marzo de 2020].

CORTÉS, É., *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

CORTÉS, É., *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975.

DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t. i, Bogotá, ABC, 1995.

FERRER BELTRÁN, J., “La carga dinámica de la prueba, entre la confusión y lo innecesario”, en NIEVA FENOLL, J. et al. (dirs.), *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2019, 53-87.

GASCÓN ABELLÁN, M., *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

GIRALDO GÓMEZ, L. F., *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en la responsabilidad médica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

HENAO, J. C., *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

LÉPORI WHITE, I., “Cargas probatorias dinámicas”, en PEYRANO, W. J. (dir.), LÉPORI WHITE, I. (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2008, 35-73.

MÁRQUEZ, J. F., “Indemnización de la pérdida de chance u oportunidad (en la doctrina y jurisprudencia nacionales)”, en *Reparación de daños y responsabilidad civil I*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 2009, 153-174.

M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Pamplona, Thomson Civitas, 2007.

PAILLET, M., *La responsabilidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

PARRA QUIJANO, J., *Manual de derecho probatorio*, 18.^a ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2011.

PEYRANO, J. W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en PEYRANO, J. W. (dir.), LÉPORI WHITE, I. (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2008, 75-98.

PICÓ I JUNOY, J., “La iniciativa probatoria del juez civil en la doctrina de Eduardo J. Couture”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n.^o 1, 2016, 97-121.

PRÉVÔT, J. M. y CHAIA, R. A., *Pérdida de chance de curación*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2007.

PRÜTTING, H., “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 16, n.º 1, 2010, 453-464, disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/issue/view/9/showToc> [consultado el 12 de febrero de 2020].

ROJAS GÓMEZ, M. E., “Iniciativa en la actividad probatoria, prueba de oficio y carga dinámica en el CGP”, en *Código general del proceso, Ley 1564 de 2012 con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad, comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, 281-294.

SHUM, D. A., *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, Medellín, Orión Vargas, 2016.

TOSCANO LÓPEZ, F. H., *La imparcialidad en materia probatoria*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

VINEY, G., *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: effets*, Paris, LGDJ, 1988.