

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 91

AÑO VII

FECHA: 1 de febrero de 2020

ASUNTO: La carga dinámica de la prueba en el proceso arbitral

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

Dedicamos la atención al estudio de la carga dinámica de la prueba, reconocida en el Código General del Proceso y aplicable, por ende, al trámite arbitral, por disposición del artículo 1 de aquél, porque

la aplicación de esta modalidad de carga probatoria, tiene unos presupuestos y características que se deben tener en cuenta al momento de ser usada, puesto que con ella se rompe el paradigma de que la aportación de la prueba de los hechos de la demanda le corresponde al actor, y los de las excepciones al demandado, lo que encuentra justificación en razón a que existen circunstancias de diverso orden procesal que hacen necesario o conveniente que la prueba sea aportada por quien se encuentra en mejor posibilidad de hacerlo, para corregir situaciones de claro desequilibrio o desigualdad entre las partes del proceso, porque de lo contrario se abriría el camino para que cualquiera de ellas no aportara la prueba o la ocultara o dificultara su adquisición o práctica, en desmedro del fin último de la administración de justicia, en su doble fin público y particular. Así, la responsabilidad de cada parte procesal de producir su propia prueba, ha venido a ser una obligación conjunta, porque la finalidad del proceso no es definir un conflicto privado, sino alcanzar el fin público de la justicia, aun bajo el sistema procesal dispositivo o acusatorio. No es que la carga de la prueba haya desaparecido en la esfera procesal, porque el artículo 167 C.G.P. expresamente la impone, sino que el árbitro puede apartarse de su aplicación en el claro y prevalente interés de la justicia, imponiendo la carga demostrativa a quien está en mejores condiciones de acceder a ella y aportarla al proceso, lo que debe quedar establecido, en lo que hay una evidente aplicación de la buena fe con que deben actuar las partes en el proceso., y a lo cual sólo se puede llegar cuando la diferencia de trato de la prueba dinámica debe estar plenamente justificada, ser objetiva y atender a criterios de racionalidad y proporcionalidad [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-665 de 12 de noviembre de 1998, Exp. D-2102, M.P. Hernando Herrera Vergara]. Hay, en nuestro medio jurídico, contribuciones de doctrina que se concretan al estudio de vulneración de la igualdad constitucional de las partes en el proceso, con la consagración de la carga dinámica de la prueba [Ver, Juan Carlos Díaz-Restrepo, La carga dinámica de la prueba como modalidad de la carga probatoria aplicada al odenamiento jurídico colombiano. Vulneración de la igualdad constitucional, págs. 202ss, Vol. 12, No. 1, enero-junio, 2016, Revista Entramado, Universidad Libre, 2016].

El punto indica hacer primero referencia a la carga *estática* de la prueba (*onus probandi*), para destacar que debe probar el hecho la parte que se beneficia con su demostración (sea respecto a la demanda o a las excepciones), la se encuentra incluida en el inciso 1 del artículo 167 del C.G.P., cuyo tenor literal indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo cual está en consonancia con las voces del artículo 1757 del Código Civil. [Esta regla estuvo presente en el artículo 177 del C.P.C.]. En

principio, conforme a la regla de la carga *estática* (*onus probandi*) el deber de probar incumbe a la parte que pretenda demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En la norma vigente está el fundamento normativo de la carga de la prueba. Ello significa que quien introduce al debate procesal un hecho, en amparo de las pretensiones o de las excepciones, asume la carga de su prueba. [Así estaba igualmente reconocido en el artículo citado del C.P.C.].

La norma aludida contiene una *regla de juicio* que le dice al árbitro que debe desechar las pretensiones o las excepciones en caso de que quien está llamado a *beneficiarse* de la prueba no lo haga, y asigna a las partes la responsabilidad en la producción de la prueba procesal. La imposición que consagra la *regla de juicio* recae sobre la parte que, conforme a lo anotado, debe probar el supuesto de hecho de las normas objetivas de derecho, y más específicamente sobre aquella a la cual conviene probar el hecho; cada parte tiene en el proceso la necesidad práctica de probar los hechos de su *beneficio, pero es de su incumbencia probar o no*. Vista la idea con tranquilidad se puede observar que tiene sentidos y alcances que son diferentes pero que al final se encuentran, como quiera que ella expresa la libertad de las partes para probar y su discrecionalidad al respecto, la limitación del árbitro para decidir conforme a la prueba recabada, y el rechazo de las pretensiones o excepciones ante la falta de prueba. Pero, el inciso segundo del primer artículo citado (167 C.G.P.) dispone que, pese a haber sentado la *regla* citada, el árbitro puede, de oficio o a petición de parte, *distribuir* la carga de la prueba *al momento de decretarla, durante su práctica o en cualquier momento antes de fallar*, con el fin de exigir la prueba de determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o para esclarecer los hechos controvertidos. [Conviene anotar que esta directriz se aplica no sólo a asuntos de naturaleza civil, sino también a los comerciales, de familia y agrarios. De igual modo se aplica a otras jurisdicciones y en actuaciones administrativas, si no consagran norma expresa sobre la materia, a tenor del artículo 1 del C.G.P.].

Como puede observarse, el contenido de la regla del *onus probandi* (carga estática de la prueba) no se identifica con la noción de *carga dinámica de la prueba*, pues, parten de dos supuestos legales y de hecho diferentes. La carga dinámica permite la *movilidad* de la prueba porque faculta al árbitro para asignarla a quien esté en mejores condiciones de poder probar el hecho, *sin importar el interés que esa parte tenga en él*, de manera que si el árbitro advierte espontáneamente o por sugerencia de la otra parte, que la parte a la interesa la demostración del hecho está en desventaja, puede acudir a la carga dinámica (Ver, Miguel E. Rojas Gómez, pág. 313). Como consecuencia, el árbitro puede, *de oficio o a petición de parte*, distribuir la carga de la prueba al momento de su *decreto, en su práctica o en cualquier momento antes de fallar*, radicando el deber de probar en la parte que se halle en situación más favorable para aportar evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Pero, la imposición de la carga dinámica *no opera por vía general sino por excepción* (según las particularidades de cada caso), *y no puede ser arbitraria ni sorpresiva* (de ahí que la providencia que la imponga pueda ser recurrida), como tampoco está exenta de contradicción, por lo que debe ser suficientemente fundada de hecho y derecho. Por ende, debe existir razonabilidad ponderada y suficiente para que se justifique la conveniencia o necesidad del decreto de la carga dinámica de la prueba. Así, la corte Constitucional, en Sentencia c-1026 de 26 de mayo de 2001, Exp. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, determino que dicha razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia y la equidad que rigen para el caso concreto, es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad.

El árbitro debe entonces percatarse primero de la necesidad de cierta prueba con destino al proceso con el fin de demostrar la existencia o no de un hecho debatido, para proceder luego a

imponer la carga de su aportación a la parte que esté en mejor condición de hacerlo. Por eso, cuando el árbitro, satisfechas las exigencias legales, impone a una parte el deber de probar un hecho por estar en mejores condiciones para su demostración, surge como consecuencia que, si no prueba, se aprecia en su contra la falta de ésta, con los efectos advertidos (negación de las pretensiones o de las excepciones).

Si bien, conforme a la regla de la carga estática de la prueba (*onus probandi*) desde un principio se sabe qué corresponde probar a cada parte del proceso, en la carga dinámica es cuestión *que decide el árbitro apenas en el momento de su decreto, o de su práctica, o en cualquier momento del proceso antes de dictar el laudo* (de modo que no se trata de una cuestión *a priori*). Ello nos lleva a considerar que su papel en el proceso debe ser igualmente *dinámico*, como quiera que *exige establecer qué hechos del proceso son esenciales e importantes, para concluir cuál de las partes está en mejor condición para su demostración, por eso se está ante una obligación del fallador*. [Ver, Juliana Pérez Restrepo, La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica-decaimiento de su aplicabilidad-, pág. 208, Estudios de Derecho, Vol LXVIII, No. 152, diciembre/2011, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia].

Se justifica este dinamismo probatorio porque en rigor ambas partes del proceso son *solidarias* frente al deber de demostrar o acreditar la verdad procesal para que el árbitro pueda fallar (art. 1, C.N.), la igualdad que ellas tienen en el proceso en términos de derechos, obligaciones, cargas y deberes, así como en el deber recíproco de lealtad, y la primacía del principio de la buena fe, puesto que, de no ser así, no sería permitido una regulación diferente de supuestos iguales o análogos, de modo que sólo se utiliza en trato de diferente entre iguales si está razonablemente justificado.

Es evidente que *el ejercicio del derecho a la prueba no debe suponer para la parte interesada actos extraordinarios o una hazaña para conseguir el medio probatorio de que se trate, porque eso equivaldría a negarle tal derecho, sino que debe considerarse como productor de la prueba la parte que esté en mejores condiciones de generarla*. De modo que bien puede ocurrir que en un determinado caso y frente a una específica situación, no se aplique la regla que dispone que quien afirma el hecho lo pruebe (*onus probandi*), sino que por decisión del árbitro, de oficio o por petición de parte, se disponga la carga dinámica de la prueba, cuando la parte a la cual se radica el deber de probar está en mejor condición de aportarla. El papel del árbitro frente a la carga dinámica de la prueba no es, por esencia, una obligación sino una facultad, como lo tiene definido la Corte Constitucional, en la Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016, Exp. D-10902, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. M.P., porque si el árbitro no encuentra mérito para proceder de oficio a imponer la carga de la prueba dinámica a una de las partes, o la solicitud de la parte en este sentido no la encuentra justificada, se aplica la regla de la carga probatoria estática (*onus probandi*).

No basta, sin embargo, que el árbitro decida dar aplicación a la carga dinámica de la prueba, imponiendo su producción a una de las partes, *sino que también debe estudiar la situación o caso concreto que corresponda*, puesto que su decisión debe ser fundada en derecho, dado que nada más ni nada menos puede imponer la carga probatoria a quien en principio no le correspondía probar, porque un cambio tan serio, que rompe el principio de la igualdad procesal, exige que el árbitro esté en presencia de una situación que justifique su actitud procesal.

El inciso 2 del artículo 167 del C.G.P. consagra los casos en que una parte está en mejor posición que la otra para probar el hecho (como la cercanía de la parte con la prueba; tenerla en su poder; razones técnicas especiales; la intervención en los hechos que originaron el litigio; estado de indefensión; o de incapacidad). Con todo, esta enunciación es meramente *ilustrativa* porque deja a calificación del árbitro otras circunstancias similares. Como se observa, la aplicación del

enunciado de la carga dinámica de la prueba no puede predicarse por vía de *generalidad*, en sustitución de la regla de la carga estática de la prueba, sino a situaciones particulares y excepcionales, en que haya dificultad para que la parte interesada en probar cierto hecho no lo pueda hacer, por cualquiera de las circunstancias enunciadas o similares.

En conclusión, entendemos que la carga dinámica de la prueba debe operar en el arbitraje de la siguiente forma y atendiendo a los presupuestos que siguen:

- 1). Rige como regla general la carga estática de la prueba;
- 2). El enunciado de la carga dinámica de la prueba es una excepción a dicha regla, pero no obra *a priori*;
- 3). La excepción obra en los casos previstos por la ley (como cuando se está en cercanía de la prueba, o por tener en su poder el objeto de prueba, o por circunstancias técnicas especiales, o por haber intervenido directamente en el hecho debatido en el proceso, o por encontrarse en indefensión o de incapacidad, o en otras circunstancias similares);
- 4). Es necesario para su aplicación que la parte que se pueda beneficiar de la prueba se encuentre en seria dificultad de probar el hecho, mientras que la otra parte debe hallarse en circunstancias de poder probarlo;
- 5). La carga dinámica de la prueba puede ser alegada por una cualquiera de las partes, y puede producirse por decisión oficiosa del árbitro. En últimas, el que distribuye la carga de la prueba es el árbitro;
- 6). El decreto de la carga dinámica puede darse al momento del decreto de las pruebas, o en su práctica, o en cualquier momento antes de que el árbitro laude;
- 7). En consecuencia, el árbitro debe entonces advertir primero de la necesidad de cierta prueba con destino al proceso con el fin de demostrar la existencia o no de un hecho debatido, para proceder luego a imponer la carga de su aportación a la parte que esté en mejor condición de hacerlo;
- 8). Cuando el árbitro, satisfechas las exigencias legales, impone a una parte el deber de probar un hecho por estar en mejores condiciones para su demostración, surge como consecuencia que, si no prueba, se aprecia en su contra la falta de ésta, con los efectos advertidos (negación de las pretensiones o de las excepciones);
- 9). La imposición por parte del árbitro de la carga dinámica de la prueba no es una obligación sino una facultad;
- 10). Si el árbitro no encuentra mérito para proceder de oficio a imponer la carga de la prueba dinámica a una de las partes, o la solicitud de la parte en este sentido no está justificada, se aplica la regla de la carga probatoria estática (*onus probandi*);
- 11). La parte que soporte la carga dinámica de la prueba debe demostrar el hecho al cual se refiera la prueba, o ponerla a disposición del árbitro; y

12). El término para que la parte que asume la carga dinámica pruebe el hecho o entregue su prueba al árbitro, es fijado por éste, y la prueba del caso se somete a contradicción de la parte opuesta.

En reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, sustituyó el concepto de carga dinámica de la prueba por el *deber-obligación* de probar, según Sentencia SC-218282017 de 19 de diciembre de 2017, Rad 08001310300920070005201, con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García, con salvamento en cuanto a los fundamentos, del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. En esta oportunidad dicha corporación se apartó de la excepción de la carga dinámica de la prueba, que se acaba de reseñar, para introducir la noción del “deber-obligación” de probar, en un asunto en que se definió la responsabilidad médica por daños causados al paciente.

Sea lo primero dejar anotado que se trata de una sentencia de responsabilidad específica del campo médico y de salud, proferida en una jurisdicción (la civil) que no compromete el criterio ni la aplicación de la excepción mencionada y su aplicación por otras jurisdicciones, y que no establece si el nuevo criterio doctrinal y jurisprudencial se aplica por vía de generalidad a todos los asuntos de responsabilidad civil, o si obra sólo en el campo médico. Para la variación del criterio dicha superioridad se basó en que en la actualidad se critica, desde el punto de vista de la teoría jurídica, que se hable de la carga de la prueba en cabeza de una de las partes del proceso (*onus probandi*), y que dicha carga se traslade a la parte que no busca ni pretende obtener los efectos probatorios de la decisión dinámica del juez que impone su demostración a la que esté en mejores condiciones de demostrar el hecho (carga dinámica de la prueba). Es, por eso, que dicho órgano jurisdiccional ha introducido un nuevo enfoque de doctrina que pregona que la aportación de las pruebas en el proceso es un *deber y una obligación*, al mismo tiempo, de todas las partes del litigio.

Nos parece que la citada superioridad confunde el concepto de carga de la prueba con el de obligación de probar y que los identifica, cuando la carga es apenas un deber que nadie puede reclamar ni puede ser exigido, y que si quien tiene la carga demostrativa no lo logra, no puede ser sancionado procesalmente por ello, por lo que sólo debe asumir las consecuencias procesales de que se le niegue la pretensión o la excepción, y puesto que además la idea de obligación procesal implica de todos modos la existencia de una obligación jurídica, susceptible de ser exigida coercitivamente, lo que riñe con el principio enunciado en el inciso 1 del artículo 167 del C.G.P. que establece que “incumbe” probar los hechos al que los alega, más propiamente al que se beneficia con su demostración, esto es, se trata de una función que es del resorte, conveniencia o utilidad de quien debe probar, pero lejos de constituir una obligación. De otra parte nos parece que al introducir un nuevo concepto, el órgano mencionado desconoce la regla general y la excepción a ella, consagrados en los incisos 1 y 2, respectivamente, del artículo 167 del C.G.P., como son la carga estática de la prueba y la carga dinámica, sin que dichos preceptos normativos, obligatorios para el juez, estén derogados. No es admisible hacer cambios de doctrina en claro desconocimiento de las reglas del derecho positivo.

Para concluir, creemos que, en consecuencia los árbitros deben ser rigurosos y objetivos al momento de verificar la existencia de las condiciones para decretar la carga dinámica de la prueba, pues deben:

1). Tener perfectamente definidas las particularidades del caso;

- 2). El examen de las circunstancias por las cuales una de las partes no puede asumir su propia carga probatoria;
- 3). Examinar por qué razones serias y objetivas se llega a la conclusión de que la parte contraria pueda hacerlo en su defecto, con indicación de la razón por la cual el árbitro estima que la parte contraria se halla en mejor posición de probar;
- 4). La imposición de la carga dinámica debe ser suficientemente fundada en razones de hecho y de derecho;
 - Debe establecerse si la parte que no tiene la carga probatoria se encuentra en mayor cercanía con el medio de prueba, y la forma como se llega a esa conclusión;
 - Establecer fidedignamente que la prueba se encuentra en poder de la parte opuesta, y la razón de esa aserto;
 - Si hay razones técnicas que motiven alterar la carga probatoria, precisándola y justificándola;
 - Si la prueba la tiene la contraparte por haber intervenido en su producción, y de qué manera se llega a esa conclusión;
 - Si la parte que tiene el *onus probandi* se encuentra en condiciones de indefensión o incapacidad para aportar la prueba, y en qué se basa la situación correspondiente; y
 -
- 5). La finalidad específica por la cual se reemplaza la igualdad procesal y probatoria de las partes en el proceso, y se opta el desistimiento en la aplicación de esa regla.