

El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación*

Fecha de recepción: Agosto 15 de 2008

Fecha de aceptación: Diciembre 10 de 2008

*Angélica María Armenta Ariza***

RESUMEN

La expedición de la Constitución de 1991, produjo cambios sustanciales en conceptos como la teoría del Estado. Colombia pasó de ser un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, que trajo consigo el establecimiento de una Constitución de carácter social, en la cual el ser humano como pilar fundamental del Estado entra a ser centro y finalidad de la acción estatal. Es así, como en virtud de ello se consagran una serie de cánones y valores constitucionales, derechos fundamentales, colectivos y del ambiente, derechos de

los trabajadores, de los niños, etc. Como puede verse, la Constitución de 1991 introdujo modificaciones significativas de tipo social al reconocer que el hombre prima por encima de las leyes y el derecho sustancial sobre los procedimientos. Una vez superadas las tesis originarias según las cuales el Estado no debía responder por los daños que causaba en la prestación de servicio o en el desarrollo de su actividad, la jurisprudencia colombiana fue adentrándose de manera positiva en las diversas teorías que surgieron en la doctrina francesa. Teorías bajo las cuales el Estado también entraba a ser sujeto de responsabilidad por los perjuicios que ocasionaba en el desarrollo de su actuar público; y es así como la Constitución de 1991, consagró en el artículo 90 el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado. Inicialmente se habló del daño antijurídico, concepto genérico y ambiguo, definición que hizo pensar que todo acto del Estado en el cual se causara un perjuicio se consideraba un daño antijurídico y en consecuencia, el Estado estaría obligado a responder patrimonialmente por todo daño que ocasionara. Concepción que a la postre necesitó ser revaluada.

Finalmente, este artículo presenta cada unas de las tesis actualmente imperantes en Colombia sobre la llamada responsabilidad extracontractual del Estado, que tiene sustento constitucional en el artículo 90. Además, señala como la responsabilidad del Estado no es exclusivamente objetiva pese a la aparición del concepto de daño antijurídico, sino que se mantienen las teorías existentes antes de la Constitución Política de 1991, bajo el esquema del título jurídico de la imputación.

* Este artículo corresponde a una revisión bibliográfica resultado de la investigación: El régimen de la responsabilidad patrimonial del estado en Colombia: El título jurídico de la imputación realizada al interior del Grupo en Derecho y Política de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

** Abogada de la Universidad Libre de Barranquilla. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Actualmente cursando Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Docente de la Fundación Universitaria los Libertadores e investigadora del Grupo de investigación en Derecho y Política. Contacto: amarmentaa@ulibertadores.edu.co

Palabras Clave

Responsabilidad patrimonial del Estado, título jurídico de la imputación, daño antijurídico, falla del servicio, daño especial, regímenes de responsabilidad

State patrimonial liability Regime in Colombia: The juridical title of imputation

Fecha de recepción: Agosto 15 de 2008

Fecha de aceptación: Diciembre 10 de 2008

Angélica María Armenta Ariza

ABSTRACT

With the issue of the 1991 Constitution, which produced substantially important changes in terms of the State Theory, Colombia shifted from a State based on the rule of law to a Social State. This shift brought about the introduction of a more social Constitution, in which the human being, as the State's fundamental pillar, became the goal and purpose of the State's activities. Consequently, a series of precepts and constitutional values, as well as fundamental, collective, environmental, workers and children rights, among others, were established. As can be evidenced, the 1991 Constitution generated significant social changes by placing Men over Law and Substantial Law over procedures. Going beyond the original thesis, under which the State should not respond to the damages it caused by service rendering or in the development of its activities, and positively analyzing the different theories that emerged from the French doctrine, which pointed out that the State was also responsible for the damages it might cause in the development or completion of its public

performance, it can be said that the Colombian State was not far from this situation. For this reason, it was established, in the Article 90 of the 1991 Constitution, the State extra contractual responsibility regime. The initial term ILLEGAL DAMAGE came about to be too much generic and ambiguous, especially considering that almost any State act causing damage was caused that considered illegal, so the State was obliged to patrimonially respond for any caused damage. This thesis was later reevaluated.

The objectives of this project are, firstly, to clarify each one of the current thesis that exist in Colombia about the so-called State extra contractual responsibility, which is constitutionally supported in the Article 90; and secondly, to point out how although the conception of Illegal Damage exists, it does not imply that the State's responsibility has become objective, but that current theories were established even before the 1991 Constitution under the legal title of imputation.

Key words

State's patrimonial
responsibility, legal title
of imputation, illegal
damage, service failure, special
damage, responsibility regimes

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo aquí planteado no pretende desarrollar un curso completo sobre responsabilidad patrimonial del Estado, como tampoco hacer estudios profundos sobre la misma. El propósito se limita a elaborar un marco teórico básico sobre sus regímenes de responsabilidad extracontractual, asunto que aparentemente goza de una claridad conceptual, pero que al momento de su ejercicio práctico evidencia algunas imprecisiones respecto de su uso desde la perspectiva del título jurídico de la imputación.

Se pretende aproximar a la comunidad académica al tema de los diferentes regímenes de la responsabilidad extracontractual del Estado, desde los conceptos jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado antes de la promulgación de la Constitución de 1991, y después de su expedición, para finalmente deducir algunas reglas de aplicación sobre el tema.

Igualmente se busca precisar la noción de la responsabilidad extracontractual del Estado, vista desde el título jurídico de imputación o la clase bajo la cual está llamado a responder cuando en el desarrollo o ejercicio de sus funciones, o por fuera de éstas cause un menoscabo a un individuo, por la comisión de una conducta que ha sido causante de un “daño antijurídico”¹, tal como lo ha denominado de manera genérica la Constitución Política de 1991.

Este artículo se desarrolla en tres secciones: Primera, responsabilidad patrimonial del Estado antes de la expedición de la Constitución Política de 1991: jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado². Segunda, los regímenes de responsabilidad del Estado colombiano a partir de la Constitución Política de 1991 y finalmente, una tercera que considera a la responsabilidad del Estado por regla general, de carácter subjetivo, aún con la aparición del concepto de daño antijurídico.

1 Constitución política de 1991, Artículo 90 “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

2 El Decreto Ley 528 de 1964 trasladó totalmente la competencia de la Corte Suprema de Justicia al Consejo de Estado en todos los asuntos contenciosos administrativos, incluidos dentro de estos la responsabilidad extracontractual del Estado. Salvo lo consignado en el artículo 6º frente a materias propias de derecho privado.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO ANTES DE LA EXPEDICION DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1991

Para comenzar, es necesario señalar que el sistema jurídico colombiano es positivista³, y que resulta curioso encontrar una teoría que, tanto en su origen como en gran parte de su evolución y aplicación, es producto de la iniciativa de los jueces, como es el caso de la “Responsabilidad extracontractual del Estado”, que en sus fundamentos y principios es fruto de la jurisdicción Contencioso Administrativa, apoyada en los pilares constitucionales, la jurisprudencia extranjera y los valiosos aportes de la doctrina.

2.1.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales era la encargada de asumir los conflictos atinentes a la responsabilidad patrimonial del Estado⁴, precisando que cuando el órgano judicial conoció de estos conflictos existía un vacío normativo y aún así no podía negarse a decidir, por lo tanto, acudió de manera analógica a las normas previstas por el Código Civil sobre la responsabilidad extracontractual de los particulares⁵, lo cual constituyó un primer período de la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, que comprende dos fases en su desarrollo.

2.1.1.1 Primera fase

En un primer momento, la Corte encontró el fundamento de la responsabilidad

3 De suerte que el artículo 230 de la Constitución Política reza “Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

4 Conforme los artículos 261 a 269 de la Ley 167 de 1941, la Jurisdicción Contencioso Administrativa tenía la competencia para conocer de los casos de responsabilidad por los daños producidos con la ocupación temporal o permanente de inmuebles por motivos de trabajos públicos.

5 El artículo 8 de la Ley 153 de 1887 dispone “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

Extracontractual del Estado en los artículos 2347 y 2349 del C.C.⁶, es decir, que el sustento de la obligación indemnizatoria estuvo constituido por las llamadas culpa in eligendo y culpa in vigilando de la administración; por lo tanto, se trataba de una responsabilidad indirecta.

Sobre el punto el Consejo de Estado en fallo de septiembre 30 de 1960 expresó:

(...) Nuestra Corte Suprema de Justicia influenciada por la doctrina francesa acogió en múltiples fallos la concepción civilista de la responsabilidad del poder público con base en el artículo 2349 del Código Civil (...) de conformidad con ella asimilaba al Estado o a la entidad de Derecho público al amo, patrón o empleador para deducirle responsabilidad⁷.

2.1.1.2 Segunda fase

La Corte Suprema de Justicia a partir del año de 1939⁸, señaló que la responsabilidad patrimonial del Estado era una responsabilidad directa, fundada en el artículo 2341 del C.C.⁹ y por tanto, de naturaleza subjetiva, separando así la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado de la responsabilidad de las derecho público.

El desarrollo que hizo de responsabilidad patrimonial del Estado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contribuyó en la construcción que el Consejo de Estado hiciera de sus propias tesis sobre la materia.

2.1.2 La jurisprudencia del Consejo de Estado

La Constitución Política de 1886, no contemplaba una norma que sirviera de fundamento legal a la obligación del Estado de indemnizar por los perjuicios ocasionados, lo cual exigió un notable esfuerzo por vía jurisprudencial para desarrollar la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado, hecho que hizo posible la autonomía de esta institución respecto de la existente en el derecho privado y la dotó de unas reglas propias inferidas de los principios de la Carta Política mencionada.

Desde 1947, el Consejo de Estado buscó apartarse de las normas del Código Civil en cuanto al tema de la responsabilidad estatal, ya que encontraba como suficientes las consagradas en la ley 167 de 1941¹⁰ para determinar la indemnización de los perjuicios que el Estado causaba. Este esfuerzo por fundar la responsabilidad del Estado en reglas diferentes a las establecidas en el Código Civil para los particulares, se convirtió en una constante en la jurisprudencia de esa Corporación.

Los principios constitucionales aplicados al tema inician con el artículo 2 de la Constitución Política de 1886, según el cual “Los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala”¹¹, norma que presentaba las tesis más importantes del derecho público moderno como son: el principio de legalidad, el principio de la auto limitación del poder público y el Estado de Derecho.

Otra disposición fundamental era el artículo 16 de la Constitución del 86 que consagraba: “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas,

6 El artículo 2347 del Código Civil preceptúa: “Responsabilidad por el hecho ajeno. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cargo”. Por otro lado, el artículo 2349 *Ibid.* dispone: “Daños causados por los criados o sirvientes. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

7 Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1960. Actor Esther Woolf, C.P. Francisco Eladio Gómez Mejía, *anales del Consejo de Estado*, t. LXIII, N. 392- 396, 1961. p. 728 y s.s.

8 Sentencia 21 de agosto de 1939 (XLVII, 1950, 663)

9 Esta norma civil reza: “Responsabilidad extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido”.

10 Los artículos 67 y 68 del C.C.A. de 1941 disponían: “Artículos 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.

“Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

11 En la constitución vigente, hay una norma equivalente en el Artículo 3, según el cual, “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹².

A juicio del Consejo de Estado las normas precedentes consagraban en términos generales los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública, frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares. Continuó con el artículo 33 de la C.P. de 1886 del que se predicó contenía una responsabilidad del Estado de tipo objetivo. La lectura de la jurisprudencia del Consejo de Estado de esa época muestra que este órgano desligó la responsabilidad extracontractual del Estado de las reglas del Código Civil y la situó en preceptos constitucionales y del Código Contencioso Administrativo vigente para la época, Ley 167 de 1941. Lo anterior es relevante, por cuanto, fueron las teorías y las bases trazadas por el esfuerzo interpretativo de los jueces las que permitieron la formación de los diversos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y que obviamente facilitaron el camino para la entrada de la cláusula general de responsabilidad de naturaleza constitucional consagrada en la Constitución Política de 1991, que en su artículo 90 inciso primero reza: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

2.2 LOS REGIMENES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO, ANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

2.2.1 Primer enfoque- Responsabilidad subjetiva

También denominado régimen de la falla del servicio, fundamentado en el artículo 16 de la Constitución de 1886. En este régimen de responsabilidad el Estado quedaba obligado siempre y cuando concurrieran los elementos que se nombran a continuación, los cuales fueron criticados por un sector de la doctrina¹³:

12 La norma equivalente está consagrada actualmente en el artículo 2 de la Constitución de 1991, que expresa: “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

13 ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo La responsabilidad Objetiva de la Administración Pública en Colombia, estudio publicado en la obra “La Responsabilidad de la Administración Pública”, Colombia – España – Francia – Italia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C. 1986.

2.2.1.1 Una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

2.2.1.2 Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho administrativo, con las características de éste, es decir, que sea un daño indemnizable, cierto, determinado o determinable.

2.2.1.3 Una relación de causalidad entre la falta o la falla de la administración y el daño, sin la cual aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización¹⁴.

Existían casos en los que, pese a la concurrencia de los tres elementos, es decir la falla del servicio, el daño y el nexo de causalidad, el Estado podía ser exonerado cuando se demostraba que el daño había sido causado por: el hecho de un tercero, por la fuerza mayor, el caso fortuito o por el agente público en actos completamente desligados del servicio y sin conexión con él¹⁵.

Dentro de este sistema de responsabilidad subjetiva existe una subdivisión o clasificación: a) La falla del servicio probada cuando el actor corre con la carga de la prueba de la falla y; b) la falla del servicio presunta, siempre que el demandante esté exonerado de su demostración, siendo necesario únicamente probar el hecho dañoso, para que surja la presunción de falla y por ende se invierta la carga de la prueba.

El régimen de la falla probada se convirtió en la regla general y la falla presunta del servicio se aplicó a unas cuantas situaciones consideradas producto de actividades peligrosas, así como a los actos médicos, ya que los daños causados por riesgo se juzgaban por sistemas de responsabilidad sin falla¹⁶.

14 Sentencia de 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 1482, Actor: Banco Bananero Vs. Nación. M.P. Jorge Valencia Arango. Anales, tomo 91, números 451- 452, segundo semestre. p. 710 y ss. .

15 DE IRISARRI RESTREPO. Antonio José. La responsabilidad de la administración pública por falla o culpa del servicio en Colombia. En: La responsabilidad de la administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

16 El Dr. Ricardo Hoyos Duque señala: “Es a partir del año 1989 cuando se consolida en forma definitiva y como principio la presunción de falla del servicio en relación con las siguientes actividades:

a). Daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio: sentencia del 3 de marzo de 1989 (Exp. No. 5290); sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. No. 3852); sentencia del 25 de octubre de 1991 (Exp. No. 6465).

2.2.2 Segundo enfoque- regímenes de responsabilidad objetiva

Son los regímenes basados en responsabilidad sin falla; no requieren que el Estado haya incurrido en una falla del servicio para que se vea comprometida su responsabilidad patrimonial; por tanto, al actor le corresponderá probar el hecho dañoso sufrido y el nexo causal entre uno y otro. La exoneración para el Estado queda sujeta a demostrar una causa externa, sea esta la fuerza mayor o el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero. Dentro de este sistema de responsabilidad estaban incluidas varias clases de daños:

2.2.2.1 Responsabilidad del Estado por ocupación de inmuebles

Derivada de la realización de trabajos públicos, es aquella que se presenta cuando la entidad pública en el desarrollo de un trabajo causa daño a un inmueble con ocasión de la ocupación de éste. Dicha responsabilidad tenía como fundamento la Ley 38 de 1918¹⁷ y con base en esta norma el Juez administrativo determinó:

El Estado responde cuando daña u ocupa temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración, es, pues, caso de responsabilidad objetiva. Probado el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos que son aquellos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de derecho público, deviene consecuentemente, para el Estado, la obligación de indemnizar¹⁸.

b) Daños causados con armas de fuego: sentencia de 31 de julio de 1989 (Exp. No. 2852(252))

c) Daños causados con vehículos automotores: sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Exp. No. 4484).

d). Muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles: sentencia del 5 de marzo de 1991 (Exp. No. 6691)

e) Daños derivados de la prestación de servicios médicos y hospitalarios: sentencias del 24 de octubre de 1990 (Exp. No. 5902) y 30 de julio de 1992 (Exp. No. 6987)". Balance Jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad, a partir de la Constitución Política de 1991. En: Revista Derechos y Valores. de la Universidad Militar Nueva Granada – Julio – 2000.

17 Posteriormente derogada por la Ley 167 de 1941.

18 HOYOS DUQUE, Op.cit.

2.2.2.2 La responsabilidad por riesgo

La teoría del riesgo excepcional es aquella:

(...) En la cual el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan, bien a sus personas o sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional que, dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o el servicio¹⁹.

Sin embargo, el sistema se extendió a todos los casos en los cuales la actividad del Estado se catalogaba de peligrosa, es decir, el uso de armas de fuego, aeronaves, vehículos automotores, entre otros.

Este régimen objetivo de responsabilidad inicialmente fue denominado como régimen de presunción de culpa y posteriormente, presunción de responsabilidad. Por tratarse de una responsabilidad objetiva el Estado sólo se podía exonerar si probaba la existencia de la intervención de un factor de naturaleza externa, como el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero o la fuerza mayor, quedando excluido el caso fortuito como eximente de responsabilidad.

Otro elemento propio de la teoría del riesgo es el principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas, principio según el cual el Estado debía responder por los daños que causaba aún ejerciendo su actividad legítima. Hecho que sirve de precedente a la confusión que se generó entre la llamada responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por daño especial.

En síntesis, esta teoría consiste en la creación de un riesgo por parte del Estado que causa daño a un particular.

2.2.2.3 Responsabilidad por daño especial

Es producto del perjuicio que ocasiona el Estado cuando en su actuar legítimo y en beneficio de la comunidad, causa un daño de características y de

19 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Exp. 4655. Consejero Ponente: Dr. Antonio J. de Irisarri. Anales Tomo 116, números 499 y 500, primer semestre, volumen 1, p. 1410 y ss.

naturaleza y características los administrados como contraprestación a los servicios que el Estado presta.

Este régimen generaba para el Estado la obligación de indemnizar teniendo en cuenta razones de equidad. El Estado actuando dentro del marco legal y dentro de la regularidad podía ocasionar un daño por el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas que debe reinar en un Estado de Derecho.

En ese orden de ideas, señaló el Consejo de Estado que:

(...) a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado(...)²⁰.

No se deben confundir estas dos teorías, pese a que tienen destacadas semejanzas, más aún teniendo en cuenta que ambas toman como fundamento o ideario filosófico el relevante principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas, para algunos doctrinantes y en algunas decisiones del Consejo de Estado pero la diferencia trascendental radica en que en el daño especial el evento dañoso está constituido por una actividad enmarcada dentro de la legalidad, en palabras del profesor Alier Hernández²¹, por una acción lícita del Estado; mientras que la teoría del riesgo se soporta en los daños causados por motivo de una actividad peligrosa.

Lo anterior conlleva a concluir que cuando el fundamento de la responsabilidad es la llamada teoría del riesgo, cualquier daño que por éste régimen se cause será indemnizable, ya que siempre se estará frente a un daño antijurídico; cosa que no se presenta cuando se fundamenta la responsabilidad con base en el daño especial, ya que en este evento solo resulta indemnizable el daño especial, es decir,

el llamado daño anormal, “que reviste una gravedad suficiente para traspasar el umbral de las cargas públicas y romper, por consiguiente, la igualdad de las personas frente a ellas”²².

2.2.2.4 Responsabilidad del Estado por bodegajes oficiales

Esta responsabilidad tuvo fundamento igualmente en la ley²³, al encuadrarse en el tópico de la indemnización por la pérdida o disminución de bienes o mercancías que por expresa disposición legal debían permanecer en bodegajes oficiales, hasta tanto se surtan los trámites pertinentes. Este es un caso en el cual el Estado respondía bajo el régimen objetivo, mientras se mantenía el plazo establecido o estipulado, pero cuando el daño ocasionado al bien o mercancía se producía por fuera de aquél, entonces el actor tenía la carga de demostrar la falla del servicio, es decir, que la conducta ya no encuadraba en la hipótesis de responsabilidad objetiva del Estado por bodegajes oficiales.

2.2.2.5 Regímenes especiales

a. Los daños causados por el acto administrativo unilateral ilegal

Surgían cuando el daño que se pretendía reclamar era producto o tenía su origen en un acto administrativo unilateral, en cuyo caso el afectado debía ejercer la acción de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho) y para poder obtener una indemnización por los perjuicios, debía primero demostrar la ilegalidad del acto administrativo demandado.

b. La llamada *actio in rem verso*

Así se conoce a la acción procedente en aquellos casos en que el Juez administrativo da aplicación al principio del enriquecimiento sin causa. En materia administrativa no existe su consagración expresa y en este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia la aplica en desarrollo del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que autoriza al Juez en caso de vacío legal aplicar “las reglas generales del Derecho”.

²² Ibid., p. 57.

²³ El artículo 2 del Decreto Ley 630 de 1942 señalaba que el Estado era responsable por las mercancías almacenadas en bodegajes oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima ocasionada por el empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado.

²⁰ Sentencia del 28 de Octubre de 1976 citada en el fallo del 20 de febrero de 1989.

²¹ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Bogotá: Nueva Jurídica, 2007. p. 57.

La Corte Suprema de Justicia exigía que se presentaran varios requisitos, a saber: 1) Un enriquecimiento del demandado; 2) Un empobrecimiento correlativo del patrimonio del demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado; 3) Dicho enriquecimiento debe carecer dentro del ordenamiento jurídico de una causa jurídica es decir, que no tenga origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones que se encuentran previstas por el artículo 1494 del C.C.²⁴, y 4) Que como consecuencia, el demandado carezca de cualquier otro medio o acción para reclamar su derecho.

El Consejo de Estado entendió que la actio in rem verso, era una de las acciones incluídas dentro de la reparación directa, pero esta lectura no se ajusta a uno de los requisitos que es la inexistencia de otra acción a favor del actor.

Dentro del aspecto analizado, es decir, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, se puede manifestar: Primero, que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, permiten construir el sustento legal de la responsabilidad patrimonial del Estado tomando como base la Constitución de 1886 en su artículo 16; segundo que con ello se aleja toda inspiración de índole privada dentro del régimen de responsabilidad del Estado; y tercero, que esta separación de la responsabilidad del Estado del derecho privado, abre el camino para que la Constitución de 1991 consagraré una cláusula general, como es la contenida en su artículo 90.

También es necesario señalar la diversidad de regímenes existentes, debido a que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, desarrollaron teorías en diferentes épocas, lo que imponía una limitante para la víctima, en razón de motivos estrictamente jurisprudenciales. Lo anterior, exigió que se estableciera una regla constitucional general que permitiera el fortalecimiento de la institución con el propósito de satisfacer los fines y compromisos que adquiere el modelo implementado

con la Constitución de 1991, el Estado Social de Derecho.

2.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 90 el régimen general de responsabilidad del Estado, el cual establece lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste. (Subrayado fuera del texto).

En la Asamblea Nacional Constituyente se presentaron veintiséis proyectos relacionados con el tema de la responsabilidad del Estado y/o del funcionario, pero no todos fueron antecedentes directos de la norma constitucional consagrada en el artículo 90. Sin embargo, durante los debates se evidenció la necesidad un artículo que regulará el tema de la responsabilidad del Estado de manera “concreta, directa y objetiva”²⁵ inspiración del profesor Juan Carlos Esguerra Portocarrero²⁶.

Esta regla constitucional fue motivo de diferentes interpretaciones de la Jurisprudencia del Consejo de Estado así:

- Una primera la considero como responsabilidad objetiva.
- Una segunda, de atenuación o corrección de la tendencia inicial, considero la responsabilidad del Estado, por regla general como objetiva, pero admite, en ciertos casos, la falla en el servicio.
- Una tercera, de regreso a los regímenes de Responsabilidad del Estado anteriores a la Constitución de 1991.

24 Art. 1494 C.C.-Fuentes de las obligaciones. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o en convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

25 Gaceta Constitucional, No 56 del lunes 22 de abril de 1991. Ponencia del Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero. p. 14.

26 En palabras del Doctor Juan Carlos Henao Hidrón "... El actual artículo 90 de nuestra Constitución se debe principalmente a la pluma del profesor Juan Carlos Esguerra Portocarrero. En: HENAO PEREZ, Juan Carlos. "Jornadas de Derecho Público", Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 24.

A continuación, se desarrollarán cada una de las interpretaciones en sus diferentes etapas:

2.3.1 Responsabilidad objetiva

Durante esta época la Jurisprudencia estuvo influenciada por la doctrina española y se hicieron una serie de pronunciamientos jurisprudenciales que llevaron a pensar en que la responsabilidad del Estado se había vuelto de suyo objetiva y había desaparecido la falla del servicio prestado por el Estado.

A esta conclusión se llegó en razón a que al momento de establecer la acción o la omisión del Estado, no definió si las mismas deberían ser producto de un omitir o un accionar doloso o culposo, es decir, no exigió forma alguna de culpabilidad sobre la cual el Estado estaba llamado a responder; situación que sí se precisó por ejemplo en el inciso 2º del mismo artículo 90, que trata de la acción de repetición y señala textualmente. "En caso de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que hayan sido consecuencia directa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este"²⁷ (subrayado fuera del texto).

Un ejemplo de estos fallos es el del 27 de junio de 1991²⁸, en el cual se decidió el caso de un peatón de la ciudad de Cali que transitaba rente a la carrera 4ª con calle 11, esquina de esta ciudad, en la cual se encuentran ubicadas las dependencias del Instituto de Crédito Territorial y, en ese momento se desprendieron las losas del sexto piso del edificio, las cuales cayeron sobre su cuello y hombro derecho causándole lesiones, así como pérdida en la capacidad laboral. La alta corporación jurisdiccional administrativa expresó:

Acaecida la ruina del edificio, corresponde a la víctima acreditar que el daño fue ocasionado por la ruina del edificio y que ésta tiene como causa el haber omitido las necesarias reparaciones o de haberse faltado se repite al cuidado de un buen padre de familia²⁹.

27 Artículo 90. Constitución Política. Inciso 2.

28 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de junio de 1991. Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta. Exp. 6454, actores: Edgar Pérez Rodríguez y otra. Anales tomo CXXIII, segundo trimestre, segunda parte, p.454 y ss. Sentencia proferida días antes de la vigencia de la nueva Carta Política.

29 Ibid. p. 1.

(...) La sala considera que situación fáctica que se recoge en la causa petendi debe manejarse a la luz de la idea de "LESIÓN" como todo el perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación.

En el caso en comento se probó un resultado dañoso, que causó un perjuicio efectivo al lesionado Señor Edgar Pérez Rodríguez, evaluable económicamente, motivo por el cual es claro que a la luz de la ley y el derecho surge la obligación para la administración de indemnizarlo, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del hecho que originó el daño. La tesis que se deja expuesta, encuentra también en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al preceptuar que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes³⁰.

En el presente caso el Consejo de Estado señaló que el estudio debía hacerse a partir de la lesión y no de la falla en el servicio y que el fundamento estaba también en el artículo 16 de la Constitución de 1886, para concluir que dentro de este nuevo concepto, la responsabilidad del Estado se tornaría objetiva, ya que no se exige que el perjuicio sea causado antijurídicamente, sino que lo que debe ser antijurídico es el perjuicio en sí.

Esta tendencia inicial del Consejo de Estado estuvo además sustentada en la teoría del daño antijurídico, ya que se pensaba que sólo bastaba la existencia de un daño que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar, es decir, se situaba la responsabilidad en el plano del daño y no de la actuación, y esta noción fue quizá la que hizo pensar o la que se prestó a la confusión de que la responsabilidad del Estado con la expedición de la nueva carta política, artículo 90, se había vuelto de suyo objetiva.

2.3.2 Atenuación de la tendencia inicial: la responsabilidad del Estado es por regla general objetiva, pero admite en algunos eventos la falla en el servicio

Antes de entrar a analizar esta etapa recordemos que la falla en el servicio se encuentra fundamentada en el régimen de responsabilidad subjetiva y para que ésta se presente se requiere que exista un hecho que haya sido dañoso, que a su vez ocasione un daño antijurídico y que sea imputable al Estado; así lo

30 Ibid. p. 23.

manifiesta el Consejo de Estado en Sentencia del 13 de julio de 1993 “(...) el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”³¹.

En el régimen de falla del servicio, el Estado al incumplir sus obligaciones incurre en una falta anónima, la cual le es imputable a una actividad prestada por una entidad pública causante del perjuicio. Cuando se pretende reclamación de perjuicios basados en el régimen de falla en el servicio, no es necesario demostrar acción u omisión del servidor público en concreto o determinarlo, basta con señalar que ésta es proveniente de una entidad pública.

En esta segunda etapa o período de moderación de la tesis inicial, el Consejo de Estado realiza pronunciamientos jurisprudenciales que van atenuando la posición y se considera entonces que, si bien con la expedición del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad del Estado se había tornado objetiva, ésta en ciertos casos también admite la falla en el servicio.

Es así como en sentencia del 30 de Julio de 1992³², el Consejo de Estado precisó que conforme lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad del Estado es directa y objetiva y el demandante sólo debe probar la conducta de la administración, sea ésta por acción o por omisión, el daño producido en virtud de la conducta y el nexo causal entre la conducta y el daño y a la entidad demandada solo le será dable exonerar su responsabilidad demostrando que la conducta se produjo por fuerza mayor, o por el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero; ello indica que no hay lugar a exoneración cuando se alega prueba de diligencia y cuidado o caso fortuito.

El criterio anterior, lo amparó el Consejo de Estado remitiéndose al art. 90 Constitucional, señalando que según ésta norma, no entra en juego en materia de responsabilidad del Estado la falla del servicio en razón a que la norma prescribe que el problema de la

antijuridicidad está en el daño y no en la conducta³³. Sin embargo, en la misma sentencia señala el Consejo de Estado que pueden existir situaciones que no permiten tratar la responsabilidad exclusivamente desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, es decir, a partir de la comisión de un daño antijurídico; como es el caso de las obligaciones de medio, dentro de las cuales sólo nacerá responsabilidad cuando estas no han sido manejadas de manera adecuada e idónea para evitar el perjuicio ocasionado.

Como reflexión preliminar, se puede decir que durante esta etapa la responsabilidad del Estado por regla general es objetiva, en aplicación del artículo 90 constitucional, pero de manera excepcional dicha responsabilidad sólo puede ser comprometida bajo el título de falla en el servicio (obligaciones de medio).

Así mismo, en sentencia del 24 de agosto de 1992³⁴ el Consejo de Estado analiza los casos resueltos en fallos anteriores con base en el régimen de falla en el servicio presunta y señala que en los eventos de daños ocasionados en el desarrollo del servicio médico oficial, la falla se presume, en tanto que en otros eventos como son daños causados con armas de fuego de dotación oficial, vehículos automotores y líneas de energía, en los que también se había utilizado el régimen de falla del servicio presunta, ya no se entraba a determinar el concepto de falla, sino el del daño antijurídico, y por ende no operaría la presunción de falla, sino la de responsabilidad.

Este fallo resulta trascendental, debido a que es a partir del mismo que el Consejo de Estado analiza la responsabilidad subjetiva del Estado dentro del régimen de falla presunta y ésta queda reducida a daños causados en la prestación del servicio de salud, por tanto, queda como regla categórica en los demás eventos (daños causados por actividades peligrosas), para los cuales el Consejo de Estado había señalado inicialmente que se aplicaba el mismo régimen de falla presunta, igualmente, señaló que la falla del servicio no era elemento vinculante para la exigibilidad de la responsabilidad.

Respecto de este último caso (actividades peligrosas), se hace necesario manifestar que la precisión hecha por el Consejo de Estado no es de suyo novedosa para la Jurisprudencia de esta alta Corporación, por cuanto en fallos precedentes el régimen que se les

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Anales. Tomo CXXXIII. Tercer trimestre, segunda parte. p. 87 y ss.

32 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6941. M. P. Carlos Betancur Jaramillo. Actores: Ninfa Rubio Vda. de Celis y otros.

33 Constitución Política de Colombia, Artículo 90.

34 Sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754, actor: Enrique Saltaín Monroy. Magistrado Ponente Carlos B. J. Anales Tomo CXXVIII . 3 Tomo. P. 385 y s.s.

aplicaba era el régimen de la responsabilidad objetiva, aún cuando no lo hubiese señalado expresamente, pero sí lo había esbozado con su teoría del riesgo excepcional, tal como ocurrió en la sentencia del 20 de febrero de 1989³⁵, donde la Sala utilizó el término de presunción de responsabilidad tomado de la jurisprudencia francesa, que ha sido objeto de algunas críticas por parte de la doctrina nacional³⁶ y extranjera³⁷, y por el propio Consejo de Estado en fallos recientes³⁸.

Dentro de la tendencia de atenuación de la responsabilidad objetiva del Estado, se debe citar una decisión que reviste especial importancia; como lo es la del 13 de julio de 1993³⁹, frente a un proceso relacionado a un hecho presentado en un establecimiento carcelario, cuando se le disparó de manera accidental una ametralladora a un sargento, hiriendo a su compañero. En el fallo el Consejo de Estado, encuentra demostrada la falla de la administración, y señala “pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el artículo 90 de la Constitución Política, la responsabilidad extracontractual de la administración continúa siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva”. Lo anterior, lo señala el Consejo de Estado al manifestar en dicha providencia que la falla en el servicio sigue siendo el título jurídico de imputación por excelencia, aún cuando de manera excepcional existan otras formas de responsabilidad estatal, a las que se ha denominado responsabilidad objetiva.

Este cambio importante de direccionamiento frente a la responsabilidad del Estado, nace del concepto de imputación, por consiguiente, la conducta activa u omisiva del Estado, debe serle ciertamente atribuible o endosable a éste. La tesis del título jurídico de la imputación encontró fundamento en la jurisprudencia colombiana de la alta Corporación jurisdiccional administrativa:

35 Sentencia del 20 de febrero de 1989, expediente 4655.

36 TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. Santa fe de Bogotá: Temis S.A., 1997. p. 10 - 11.

37 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Presunciones de culpa y presunciones de responsabilidad. En: Responsabilidad Civil. Jornadas en homenaje al profesor Doctor Roberto H. Brebbia, Ed. Vélez Sársfield, Rosario, 1988. p. 115. Citado por Bueres, Alberto J. Responsabilidad Civil de los médicos. Buenos Aires: Hammurabi, 1994. p. 308 y ss.

38 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11.401, y septiembre 21 de 2000, expediente 11.76.6

39 Sentencia del 13 de julio de 1993, expediente 8163, actores: José Elías Rivera Arenas y otros. Magistrado Ponente Juan de Dios Montes .A.T. cxxxiii,3 T, 2p.

(...) en el artículo 90 citado se consagró la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus autoridades públicas. No distingue la norma de la fuente de la responsabilidad, no dice si es contractual o avenida extracontractual, o con ocasión de un acto administrativo; en forma genérica indica que puede surgir de la acción o la omisión de las autoridades públicas, con la cual se causa un daño antijurídico, y esa acción u omisión se puede presentar con ocasión de un contrato, o por fuera de él, como en el caso del que ahora se ocupa la Sala, o con la expedición de un acto administrativo. De cualquiera de esas causas puede surgir el daño antijurídico que acarrea la responsabilidad del Estado⁴⁰.

El concepto de falla en el servicio como título jurídico de imputación en este nuevo direccionamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo, no puede afirmarse como novedoso, por cuanto en fallos recientes a la expedición de la Constitución de 1991, la alta Corporación señaló:

(...) mientras en el evento de la responsabilidad por falla en el servicio médico oficial, se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.P.C.) produciéndose así más que una presunción de falla, una de responsabilidad⁴¹. (Subrayado fuera del texto original).

El concepto de la falla del servicio como título jurídico de imputación, es interesante, por cuanto no siempre que se presente o se produzca una falla por parte del Estado, puede ser tratada como falla del servicio y por ende generadora de responsabilidad, por lo tanto, debe analizarse cada caso concreto. Así

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 22 de octubre de 1997, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández. Proceso 13977, demandante: Instituto de Seguros Sociales, demandados: Martha Lucía Salamanca, Félix Antonio Quitian Burgos, Noralba García Romero. Citado por Contraloría de Bogotá. Contralor auxiliar. Oficio 165 Bogotá, abril 23 de 2007. p. 3.

41 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Actor: Henry Enrique Saltaín Monroy.

lo hace anotar el profesor García de Enterría cuando expresa:

(...) a propósito de ella, conviene subrayar que el hecho de que la ley haya objetivado la anormalidad haciendo de ésta un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se remite a los estándares de rendimiento medio del servicio de que se trate, significa que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos⁴².

2.3.3 Regreso a los regímenes de responsabilidad del Estado anteriores a la constitución de 1991

El fallo antes citado permitió que en adelante, al resolver casos concretos, el Consejo de Estado hiciera alusión a los regímenes que se desarrollaron antes de la expedición de la Constitución Política de 1991. Esta noción fue tomando fuerza hasta plantearse incluso el criterio según el cual dentro del artículo 90 constitucional cabían todos los regímenes de responsabilidad extracontractual preconstitucionales. De tal modo que los regímenes de responsabilidad del Estado, también se conocen como títulos de imputación.

Cabe señalar que este planteamiento tuvo igualmente aceptación en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996⁴³, la cual señaló que los títulos de imputación y de responsabilidad del Estado no son siempre iguales y que en algunos se exige al demandante prueba de la responsabilidad de la entidad estatal, en otros casos, por el contrario, ésta responsabilidad se presume mediante la teoría de la falla presunta. Sin embargo, en otras teorías ésta responsabilidad es totalmente objetiva y por ende no hay necesidad de falla:

(...) Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por

ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la “imputatio juris” además de la “imputatio facti”⁴⁴.

Uno de los pronunciamientos más importantes sobre esta fuerte tendencia del Consejo de Estado, se hace mediante el fallo de fecha 8 de mayo de 1995⁴⁵, en dicho fallo se señaló que en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, son títulos de imputación, además de la falla del servicio (la cual calificó como el título de imputación más frecuente), la culpa personal en relación con el servicio, la igualdad de las personas ante la ley, la igualdad frente a las cargas públicas, el riesgo excepcional, el error jurisdiccional y la equidad. De esta manera, se plantea el concepto según el cual en virtud del artículo 90 constitucional también tienen cabida los regímenes fundados antes de la presencia de la constitución de 1991, criterios que llegaron a ser tan fuertes en cierta manera dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que se utilizaban sin tocar siquiera el concepto de daño antijurídico⁴⁶.

Es importante señalar que la Sección Tercera cuando intentó atenuar la tendencia inicial de responsabilidad del Estado, señaló que la regla general sería la responsabilidad objetiva, y que sólo en algunos eventos la misma podría comprometerse en virtud de la falla en el servicio, y en estos eventos citaba la Sección las llamadas obligaciones de medio. Lo anterior, permite manifestar que de cierta manera quedaba a la libre decisión del Juez señalar frente a cual régimen de responsabilidad se debía definir el caso, por cuanto no existía claridad conceptual y jurídica respecto si era régimen objetivo o régimen ubicado dentro del título de la falla. Así mismo, el concepto antes planteado hace afirmar que se vuelve entonces, a los regímenes anteriores a la Constitución Política de 1991, haciendo de suyo inoperante el esquema planteado por la Carta de 1991.

44 Ibid., p.12.

45 Sentencia del 8 de mayo de 1995. Expediente 8118, actor: Sociedad Constructora Cárdenas y Amaya Ltda.

46 Sentencias del 11 de abril de 1994, expediente 8528; 5 de agosto de 1994, expediente 9172; Sentencia del 11 de agosto de 1994, expediente 9106; Sentencia del 13 de febrero de 1997, expediente 9912. Citado en: HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo y FRONER GÓMEZ, Catalina. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de jurisprudencia del Consejo de Estado. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 31.

42 GARCIA ENTERRIA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, 1993. p. 350.

43 Corte Constitucional, Sentencia C – 333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Actora: Emilsé Margarita Palencia Cruz.

Los títulos jurídicos de imputación le dan vía libre al demandante o actor, con el fin de que encause su acción judicial administrativa hacia uno de estos sistemas vinculantes de responsabilidad; ya que si bien es cierto el artículo 90 constitucional consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, ello no implica que los regímenes de responsabilidad sean idénticos o que deban ser analizados bajo el mismo lente jurídico frente a todas las situaciones que se presentan, ya que en la vigencia jurisprudencial se siguen presentado criterios diferenciadores para cada caso específico, y es así como se ve que en algunos casos se exige demostrar la culpa, responsabilidad o falla de la autoridad; mientras que en otros casos se presume y sin obviar los eventos en que ésta (la culpa) opera de manera objetiva ante la ruptura de la igualdad de las cargas públicas.

En virtud de lo anterior se puede señalar entonces, que no basta con la existencia de un daño antijurídico, sino que es forzoso que “el juzgador elabore un juicio de imputabilidad del mismo que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión...”⁴⁷.

Estos títulos jurídicos varían teniendo en cuenta el origen o la fuente de la responsabilidad, ya que no se podrá atribuir el mismo título jurídico de imputación para un contrato, en el cual serían tales principios de la contratación estatal, el equilibrio en las prestaciones sociales que emana del importante principio de la ecuación contractual y demás derechos y obligaciones de los contratos conmutativos⁴⁸.

En tanto que, para la responsabilidad extracontractual los títulos de imputación son otros, tales como: la falla en el servicio, la igualdad de las personas ante la Ley (art. 13 C.P.), el riesgo excepcional (entre otros artículo 3 de la Ley 104 de 1993⁴⁹ o Decreto 444 de

1993⁵⁰), el error judicial, el anormal funcionamiento de la administración de justicia⁵¹ y principios de justicia como el del enriquecimiento sin causa.

2.4 TENDENCIAS ACTUALES DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

A partir del año 2000 se puede observar, por parte del Consejo de Estado la idea de replantear el concepto de responsabilidad del Estado, tomando como punto de partida el artículo 90 de la Constitución. Dicho replanteamiento se ha hecho precisando aspectos tales como, ¿qué contiene?, ¿cuál es el alcance del daño antijurídico? y ¿Cómo opera en ese sentido la imputación de éste al Estado? Así mismo, hace precisión sobre la naturaleza que este régimen de responsabilidad establece. Por tal razón, en el momento actual se define el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado basándose en el artículo 90 Constitucional, sin dejar de lado la aplicación de los regímenes de responsabilidad elaborados antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Dentro de este planteamiento se puede citar, por ejemplo, el caso de la responsabilidad objetiva, la cual continúa utilizando conceptos de imputación, tales como la teoría del riesgo excepcional o el daño especial.

Dentro del replanteamiento del régimen de responsabilidad del Estado que hizo la Sección Tercera respecto de los elementos de la responsabilidad del Estado, se pueden citar algunos ejemplos:

2.4.1 Teoría del Daño antijurídico

Se ha planteado la teoría de que el daño antijurídico es aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se pretendió mostrar que con el concepto de daño antijurídico la responsabilidad extracontractual del Estado se había vuelto objetiva, noción que inicialmente fue aceptada, pero que posteriormente y en virtud del desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado resultó equívoco, por cuanto la Constitución Política de 1991 al haber señalado en su art. 90 que “... el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables...” (Subrayado fuera del texto original), no permite manifestar que con ello también se objetivizó la responsabilidad, ya que en muchos casos sigue siendo necesaria la concurrencia del elemento de la falla del

47 Sentencia C – 333/1996. Op. Cit.

48 Art. 28 de la ley 80 de 1993. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

49 Ley 104 de 1993, art. 3 “El Estado propenderá por el establecimiento de un orden social justo que asegure la convivencia pacífica, la protección de los derechos y libertades de los individuos y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados, tendientes a lograr condiciones de igualdad real y a proveer a todos de las mismas oportunidades para su adecuado desenvolvimiento, el de su familia y su grupo social”.

50 Decreto 444 de 1993. Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas.

51 Art. 40 del Decreto 1400 de 1970. Responsabilidad del Juez.

servicio. Es decir, que por la sola anti juridicidad del daño no existe instantáneamente la anti juridicidad del hecho que lo ocasiona o causa y en virtud de esta apreciación el daño se sitúa y se analiza en cabeza de la víctima. Es así como surge la teoría de que el daño antijurídico es aquel que la víctima no es está en la obligación jurídica de soportar.

La jurisprudencia de la alta Corporación Administrativa con Arturo Alessandri Rodríguez ha dicho que “el daño en su sentido natural y obvio”, es un hecho consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., (...)”⁵².

Para que el daño resulte antijurídico debe constar que a la víctima no se le ha impuesto el deber jurídico de soportarlo y es por ello que la responsabilidad del Estado se compromete tanto en su actuar antijurídico o no ajustado a derecho, como cuando se comporta de manera lícita y en el desarrollo de dicha actividad ocasiona un daño, por cuanto lo que se examina como antijurídico no es la actuación del Estado sino el daño ocasionado.

La anterior acotación permitió señalar que no todos los daños que ocasiona el Estado en su actuar serán catalogados de antijurídicos, ya que existirán daños que no obedezcan al título de anti juridicidad y en ese orden de ideas, no habrá lugar al reclamo de responsabilidad extracontractual del Estado. Es decir, que existen daños que la víctima debe soportar, pues no son daños indemnizables por no ser antijurídicos.

Sobre el daño que no es antijurídico, es decir, que el Estado no debe indemnizar, el Consejo de Estado ha proferido una serie de Sentencias que han generado alguna controversia, pero que de igual manera resulta relevante hacer su enunciación a fin de ilustrar el concepto. Uno de estos pronunciamientos es la sentencia del 1 de julio de 2004 (Exp. 14.565)⁵³, en un proceso que pretendía la reparación de los perjuicios ocasionados por la destrucción de un carro tanque por parte del ejército de Maicao (Guajira), del cual el actor manifestó ser poseedor y el que utilizaba para la venta de agua en el municipio de Maicao. En dicho caso el Consejo de Estado señaló que:

(...) Ahora bien, dado que está demostrado que el vehículo aludido era de nacionalidad venezolana –aspecto al que se refieren los peritos y el testigo Manuel Gómez Toncel-, es claro que el derecho a ingresarlo, movilizarlo y explotarlo en Colombia –acto constitutivo de la posesión del demandante– dependía de la legalidad de los trámites de importación, saneamiento aduanero o internación temporal del vehículo, según el caso, la cual no fue acreditada.... Así las cosas, en el caso concreto, con el fin de demostrar su derecho de movilizar el carro tanque venezolano de placas 4–2753, en el territorio de Maicao –posteriormente considerado de manera explícita zona de frontera y unidad especial de desarrollo fronterizo, en virtud del decreto 1814 de 1995-, el demandante debió acreditar que lo había aportado legalmente, o en su defecto que había cumplido con el trámite de saneamiento aduanero establecido en el decreto 1751 de 1991, o que había obtenido la autorización de internación temporal regulada en el Decreto 1944 de 1984. No obstante, no allegó al proceso prueba alguna para demostrar estos hechos... Así las cosas, no cabe duda de que no está demostrado el origen lícito del beneficio perdido como consecuencia del daño cuya reparación se reclama, esto es, el carácter antijurídico del perjuicio sufrido. En efecto, no está acreditado el derecho del demandante de ingresar a Colombia y movilizar en el territorio de Maicao, el vehículo poseído y mucho menos el de desarrollar, por medio del mismo, la actividad económica de la cual se derivaba el lucro perdido. Por esta razón, es claro que no se encuentra probado el primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado⁵⁴.

Cabe anotar que en esta sentencia pese a que la máxima Corporación Jurisdiccional Administrativa no señaló de manera textual la inexistencia de un daño antijurídico, que es este el argumento que plantea, por cuanto sólo quienes hayan adquirido sus derechos amparados en la Ley tendrán la protección del Estado, a fin de preservarlos y solicitar su indemnización en caso de detrimento o afectación a los mismos. Es decir, sólo quienes adquirieren válidamente sus derechos podrán reclamarlos y si por el contrario, la adquisición opera de manera ilegal, fraudulenta o contra la ley, desaparece la garantía estatal de amparo, por ende, se presenta una causal de exoneración de responsabilidad para el Estado, pues el daño carece de su primordial característica, la antijuridicidad.

52 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999. C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Procesos acumulados 10948 – 11643, demandado Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

53 Sentencia del 1 de julio de 2004. Expediente 14.565. Consejo de Estado.

54 Ibid.

La segunda decisión aborda el concepto del daño antijurídico, revisado desde el punto de vista de la víctima⁵⁵, en la cual el actor reclamaba la indemnización de perjuicios dentro de una demanda de reparación directa, por los perjuicios ocasionados como resultado del otorgamiento de una licencia de construcción a su favor (proceso dentro del cual no se discute la legalidad del acto administrativo). Además, el actor dentro de las pretensiones solicita la suspensión de la licencia y de la construcción material, argumentando que los niveles de ruido superaban los legalmente aceptables en una zona de residencial. Sobre este punto, precisó el Consejo de Estado en la providencia mencionada:

(...) La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 20 de la Constitución). Sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 10 y 13 de la Carta)⁵⁶.

(...) La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contrario al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente

por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares⁵⁷.

(...) Visto lo anterior, se tiene que, por cuanto existía contaminación auditiva en la zona, la autoridad de planeación debía tener en cuenta el concepto de ruido expedido por la autoridad local competente para controlar y vigilar el cumplimiento de las normas establecidas para la contaminación por ruido y que municipio podía suspender las obras que la propicien, es lógico concluir que era válida la suspensión de las obras de construcción que adelantaba la sociedad demandante, puesto que, tanto las autoridades de salud como las del municipio de Neiva, estaban cumpliendo el deber legal de vigilar el cumplimiento de las normas dirigidas a prevenir la contaminación por ruido y resguardar la salud de los futuros habitantes de los bloques de apartamentos que se iban a construir⁵⁸.

(...) El reconocimiento de una violación del principio de protección de la confianza legítima aparece así como la reacción del juez que sanciona la utilización, regular en sí misma por el autor de la norma jurídica cuestionada, de sus poderes de formación en condiciones que sorprenden la confianza que los destinatarios de la norma discutida podían legítimamente tener en que el marco jurídico de desenvolvimiento de su actividad no sería modificado sin, al menos, la adopción de ciertas medidas transitorias⁵⁹.

(...) Así las cosas, los daños causados como consecuencia de los cambios normativos abruptos, así sean legítimos, pueden ser indemnizados cuando el administrado se encuentra amparado por la confianza que es merecedora de protección. En cambio, cuando el beneficio que fue modificado fue obtenido por el particular en forma dolosa, engañosa, con información errónea y/o con documentación incompleta a sabiendas de la deficiencia, es obvio que esa confianza no es merecedora de protección⁶⁰.

(...) En este orden de ideas, si un acto administrativo generador de un derecho es revocado porque se encontraron irregularidades que pudieron ser

55 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., 5 de diciembre de 2005 (Expediente No. 12.158 (R-5732)

56 Ibid., p. 2.

57 Ibid., p. 13.

58 Ibid., p. 15.

59 CASTILLO BLANCO, Federico A. La protección de Confianza en el Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 108. Citado en: Ibid., p. 16.

60 Ibid., p. 17.

propiciadas, auspiciadas, avaladas o se originaron con la actuación u omisión de quien lo reclama, el daño cuya reparación se pretende no resulta antijurídico y, por ende no puede ser indemnizado⁶¹.

(...) Así las cosas, si la sociedad demandante debía conocer que la zona donde desarrollaría su proyecto de vivienda no podía urbanizarse como zona residencial, no es razonable sostener que la confianza generada con la licencia de construcción era merecedora de protección, pues sabía que era un acto contrario a derecho que, si bien no estaba obligado a demandar porque la beneficiaba, no podía generar estabilidad jurídica de manera indefinida. Dicho de otra manera, como el daño generado a los demandantes por la suspensión legítima de la licencia de construcción que expidió la autoridad pública, fue propiciado o auspiciado por la ignorancia inexcusable de los particulares respecto del uso del suelo, no puede considerarse antijurídico, y por consiguiente, no debe ser indemnizado⁶².

Como se puede observar en las dos sentencias expuestas, el Consejo de Estado ha manifestado de manera clara que en el caso de la presencia de un daño que la víctima esté en la obligación jurídica de soportar, no existirá derecho de reclamación, por tanto no hay deber indemnizatorio por parte del Estado.

2.4.1.1 Daños causados por vehículos automotores

Estos daños y su consecuente indemnización de perjuicios, se han basado en la llamada teoría del riesgo excepcional, cuando el Estado en cumplimiento de una actividad lícita que además representa un beneficio para los administrados, crea un riesgo que afecta a una persona en su vida o en su patrimonio⁶³.

En este caso el elemento de imputación del daño es el riesgo en que de manera excepcional es puesta la víctima, que con mayor claridad el Consejo de Estado ha situado dentro del criterio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo. Dentro de este esquema basta que el actor demuestre la creación del riesgo o la puesta en la situación de riesgo, el daño ocasionado producto de la situación riesgosa y el nexo o la relación de causalidad entre el riesgo y el daño. En este supuesto la exoneración de responsabilidad por

parte del Estado, solo opera cuando se presenta una causa externa, tales como la fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o el hecho de un tercero.

No se puede hablar de este sistema objetivo de responsabilidad sin señalar que no opera de manera aislada al artículo 90 constitucional, sino que por el contrario, es a partir de los supuestos de este precepto que se deduce la teoría del riesgo que hace responsable al Estado.

2.4.1.4 Daños causados con armas de dotación oficial

Son aquellos daños que se ocasionan con armas utilizadas por la fuerza pública y demás organismos del Estado. Pero no sólo el daño ocasionado es objeto de protección, también lo es el riesgo que su utilización genera, situación exigida al Estado para dar confianza y seguridad a los ciudadanos.

Este evento constituye un título jurídico de imputación que permite de igual manera reclamar los perjuicios por los daños que pudieran ocasionarse⁶⁴.

2.4.1.3 Daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas

Se presenta este régimen jurídico cuando el daño es producto de una actividad que ha sido definida como peligrosa: la utilización de armas de fuego, conducción de vehículos y redes de energía. En ese sentido, el Consejo de Estado había sido renuente a utilizar el concepto de actividades peligrosas y las citaba como riesgo en relación con la actividad, pese a lo anterior, señaló lo siguiente, en sentencia del 10 de septiembre de 1988:

(...) Los daños provenientes de las redes eléctricas, así como del uso de armas de fuego o la conducción de vehículos automotores son conceptos que no presentan diferencia alguna pues se trata de la creación de un riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, en cuyo caso la responsabilidad es objetiva y el Estado sólo se exonera o se libera por medio de la prueba de una fuerza mayor, del hecho de un tercero o de culpa exclusiva de la víctima (causa extraña)⁶⁵.

61 Ibid., p. 17.

62 Ibid., p. 22.

63 Sentencia del 16 de marzo de 2000, expediente 11.670, M.P. actores: Martiniano Rojas y otros.

64 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha 18 de mayo de 2000, expediente Nº 12.053.

65 Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1988, expediente No. 110.820.

Dentro de las sentencias más recientes que se han producido sobre la materia cabe resaltar la providencia del 15 de marzo de 2001, en la cual se sentaron los presupuestos que en reiteradas jurisprudencias ha retomado la Corporación:

(...) Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o las actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.) el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es esta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política⁶⁶.

Es importante señalar en este tema, a efectos de aplicar este régimen de responsabilidad, a cargo de quién se encontraba la guarda y cuidado de la actividad, así lo expresó el Consejo de Estado en sentencia del 19 de julio de 2000⁶⁷:

(...) Adicionalmente, se considera necesario tener en cuenta la noción de guarda, en relación con la actividad peligrosa desarrollada. Es bien sabido que, en principio, el propietario de la actividad peligrosa o de la cosa con que ella se desarrolla se presume guardián de la misma. No obstante, en algunos eventos, puede demostrarse que la guarda había sido transferida, caso en el cual la responsabilidad del propietario puede desaparecer. Puede suceder también, que exista una guarda compartida entre varias personas. En ese sentido, el profesor Tamayo Jaramillo explica que el "responsable de la actividad peligrosa... es quien tiene el poder intelectual de dirección y control, poder que puede estar en cabeza de varias personas naturales o jurídicas, las cuales pueden tener diferentes relaciones de hecho frente a la actividad"⁶⁸.

66 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001. Citado en: HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Op.cit., p. 45.

67 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente No. 11.482.

68 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa.

2.4.1.4 Responsabilidad del Estado con ocasión de los daños ocasionados por actos terroristas.

Sobre este tema se enuncian dos fallos interesantes recientes en la materia. Una primera providencia es la de fecha 10 de agosto de 2000⁶⁹, en la cual se presentó una evolución a nivel jurisprudencial sobre el tema en Colombia.

De las situaciones que entran a jugar un papel importante dentro de este esquema de responsabilidad, es que siempre concurre el hecho de un tercero y por ende se podría señalar en un primer momento que se está frente a una causal de exoneración de responsabilidad, sobre este punto ha manifestado el profesor Alier Hernández:

(...) Sin duda, el planteamiento anterior permite aclarar algunos aspectos relacionados con la responsabilidad del Estado por actos de terrorismo, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. Lo primero que hay que advertir es que, en estos eventos, estamos siempre ante el hecho de un tercero que, sin embargo, dadas las circunstancias especiales en que se suceden los acontecimientos, puede no ser ajeno a la acción u omisión del Estado, lo que permite atribuir a éste responsabilidad patrimonial. Esta es la razón por la cual en el fallo se precisa que el problema central, en todos los casos, lo constituye la demostración de que el daño es imputable al Estado⁷⁰.

En el caso de los actos terroristas el actor directo de los mismos no es el Estado, sino un tercero ajeno a este y que tampoco es un servidor público, situación que plantea un tratamiento especial en el régimen de responsabilidad, que hace igualmente inaplicable la teoría del daño especial, así lo ha señalado el Consejo de Estado en fallos del año 2000⁷¹.

En los actos terroristas, pese a que el daño es causado por terceros, el Estado expone a unas personas en concreto a que sean figuras visibles y sujetos pasivos de los atentados. Ej. Los objetivos militares.

Editorial Temis, 2ª edición. Tomo I, Volumen 2, Santa fe de Bogotá, 1996, p. 78.

69 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. Expediente 11.585. Actores: Noemí Revelo de Otalvaro y otros.

70 HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Op.cit., p. 52.

71 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente 11766. Magistrado Ponente Alier Hernández Enríquez.

En el presente evento de responsabilidad se señala a manera de conclusión que el régimen aplicable no es el fundado en el daño especial como lo hizo en algunos casos el Consejo de Estado⁷², sino la teoría del Riesgo.

Existen muchos otros sistemas de responsabilidad del Estado que serían de interés e importancia tales como: los daños sufridos por los conscriptos, daños sufridos por los soldados profesionales, daños sufridos por los reclusos, entre muchos otros. No obstante, como se señaló en la presentación inicial el alcance de este estudio se limita a identificar los títulos jurídicos de imputación bajo los cuales debe responder el Estado y señalar el tránsito entre las constituciones de 1886 y de 1991.

El último aparte de este documento abordará uno de los regímenes de responsabilidad que merece ser presentado a manera de ilustración y hace referencia al régimen de la responsabilidad médica.

El tema de la responsabilidad médica que atañe a las entidades oficiales puede estudiarse de diversas maneras. Sin embargo, en este artículo sólo se hará referencia al título jurídico de imputación sin ahondar en otros aspectos también importantes como: la naturaleza de la obligación, el nexo de causalidad entre la actividad y el daño; y seguridad al interior de las entidades prestadoras de salud.

Resulta importante señalar que hay una responsabilidad de índole extracontractual, tratamiento dado por el Consejo de Estado expresado en los siguientes términos: "... si bien el derecho comparado se debate sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos del Estado que prestan servicios de salud, la jurisprudencia de la Corporación tradicionalmente la ha manejado en el campo de la responsabilidad extracontractual...⁷³. Pese a que es una responsabilidad de índole extracontractual, las obligaciones que se contraen son de medio⁷⁴ (por regla general); y además también contienen una importante variante en el campo de la carga de la prueba, tanto en el tema de la falla del servicio, como en el campo del nexo causal, por

cuanto en el régimen de responsabilidad médica, la carga probatoria la tiene la entidad pública que prestó el servicio.

Resulta pertinente hacer un breve recuento de cómo ha sido manejado este tema en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, empezando por manifestar que hasta 1990 la carga de la prueba la tenía el actor, y es a partir del fallo del 24 de octubre de 1990, donde el Consejo de Estado señala que en el caso de la responsabilidad médica se debe acudir al artículo 1.604 del C.C.⁷⁵, el cual se aplica tanto para la responsabilidad contractual cómo para la extracontractual, y que es el deudor quien tiene la mayor facilidad y conocimiento de demostrar cómo se desarrolló la situación y cómo se presenta el incumplimiento. Este fallo reviste trascendental importancia por cuanto constituyó el inicio para que el Consejo de Estado aplicará el régimen jurídico de imputación basado en la falla en el servicio, y así mismo, considerara la inversión de la carga de la prueba para los procesos de responsabilidad del Estado por los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico oficial.

Pese a que la sentencia del 24 de octubre de 1990 da ciertas pautas para replantear algunos conceptos sobre el régimen de responsabilidad del Estado en materia médica, es la sentencia del 30 de julio de 1992, la que produce el giro jurisprudencial. En esta el Consejo de Estado consigna opiniones cambiantes al señalar que la carga de la prueba de la falla la tiene el actor, por regla general, pero que tratándose de intervenciones médicas, sobre todo de índole quirúrgico, es muy difícil que se cumpla esta regla y propone que sean expertos o especialistas en la materia (los médicos) quienes conociendo los procesos quirúrgicos, deban explicar que dichas actividades fueron realizadas de manera prudente, diligente y aplicando la pericia necesaria que su actividad les exige, ya que son ellos quienes tienen los mejores conocimientos para hacerlo y no el actor, agente que desconoce criterios de carácter quirúrgico, médico o terapéutico.

El fundamento de esta tesis es de gran importancia y relevancia, por cuanto se sustenta en la igualdad de derechos que deben tener todas las personas dentro del sistema jurídico colombiano, que por vía constitucional está consagrado como un Estado Social de Derecho, dentro del cual no sólo debe existir la

72 Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 1994, expediente 8577. Magistrado Ponente Julio César Uribe Acosta.

73 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002

74 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de octubre de de 1990.

75 Art. 1604 Código Civil: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega".

enunciación de una serie de derechos que deban ser inquebrantables, sino que además, debe brindar los mecanismos y herramientas que hagan posible su exigibilidad, y que así mismo, estos instrumentos resulten de aplicación real y no como una simple ilusión para los usuarios del derecho. Como se puede ver el cambio de vertiente no resulta ser caprichoso. Las apreciaciones anteriores, así como un cúmulo de interesantes argumentos le sirvieron de base al Consejo de Estado para introducir la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba en materia de responsabilidad médica. Lo relevante de este fallo del Consejo de Estado es que desde su expedición se continúan aplicando estos conceptos dentro del régimen de responsabilidad del Estado en los casos de servicio médico y hospitalario.

Posteriormente, en sentencia del 3 de febrero de 1995⁷⁶, el Consejo de Estado invierte la carga de la prueba en la falla (en el caso de una cesárea con extirpación del útero y perturbación funcional del órgano de reproducción), y al no encontrar dentro del expediente que la entidad pública desvirtuara la presunción de falla, declaró responsable patrimonialmente a la Entidad.

Más adelante, en sentencia del 10 de febrero de 2000⁷⁷, se juzgó la muerte de un estudiante, causada por un shock séptico por apendicitis aguda, en este fallo el Consejo de Estado encontró probada la falla del servicio, exponiendo argumentos de diferente índole, así:

(...) En realidad, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica expost, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por ésta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López, previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar.

Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente⁷⁸.

Asimismo, señaló la providencia, que:

(...) Es aquí donde emerge, con toda claridad, la importancia que tienen para el juez el dictamen pericial practicado dentro del proceso y el recurso al principio de las cargas probatorias dinámicas en la valoración de los hechos relacionados con la actividad de la entidad demandada. En el caso que nos ocupa, aunque los peritos expresan que las dos instituciones, esto es, la Universidad Industrial de Santander y el Hospital Ramón González Valencia “obraron de acuerdo a los procedimientos adecuados en similares situaciones”, son claros en advertir que esta afirmación es válida, sin perjuicio de las dos situaciones mencionadas anteriormente en el mismo dictamen, una de ellas relacionada con la conducta del hospital, y concretamente, con el hecho de que, al ser valorado el paciente por el servicio de medicina interna, se solicitaron varios exámenes de laboratorio, algunos de los cuales no fueron practicados, o al menos -como lo expresan los peritos no existe constancia de ello en la historia respectiva⁷⁹.

Por último, el fallo citado alude también a que respecto a la falla del servicio desde el punto del nexo de causalidad, es decir, a la relación directa que debe existir entre el daño ocasionado y el accionar o la omisión de la entidad; ya que aquél debe ser producto directo del actuar de la administración, es decir, “...lograr la certeza de que la actuación de la entidad oficial fue la causa eficiente del daño que reclama la víctima...”⁸⁰.

En este evento ha manifestado el Consejo de Estado, que el actor se verá entonces expuesto a los mismos inconvenientes a los que se ve avocado en el tema de la falla del servicio, en razón a los conocimientos técnicos, científicos y demás situaciones que requieren

76 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Fallo del 3 de febrero de 1995.

77 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de febrero de 2000.

78 Ibid., p. 2.

79 Ibid., p.72.

80 HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Op.cit., p. 633.

de un conocimiento altamente especializado como lo es la medicina; sin embargo, en este campo el Consejo de Estado siempre ha dejado el tema de la prueba del nexo causal a la víctima o al actor; ello sin dejar de mencionar que el medio de prueba irrefutable será el dictamen pericial, el cual determinará con claridad si el actuar o la omisión del Estado (entidad de salud) fue la causante del daño ocasionado.

Sobre el punto de probar el nexo causal, el Consejo de Estado, ha señalado que está a cargo del actor, pese a la dificultad que ello comporta para demostrar tal relación. Así, en fallo del 3 de febrero de 1995⁸¹ el Consejo de Estado plantea de manera radical la inversión de la carga de la prueba en cuanto a quién le corresponde probar el nexo causal, señalando que ésta demostración estaba en cabeza de la entidad de salud, quienes se exoneraban de toda responsabilidad si lograban demostrar que prestaron el cumplimiento “adecuado y diligente” de sus obligaciones en la prestación del servicio médico.

El Consejo de Estado al justificar esta inversión de la carga en cuanto al nexo causal, sostuvo:

(...) por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditados el daño sufrido por la víctima y la relación de causalidad con la actuación de la entidad, pueda ésta demostrar que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es, que obró diligentemente, poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente⁸².

Finalmente, es oportuno citar dada su importancia dos fallos, el primero de fecha 7 de octubre de 1999⁸³ y el segundo del 14 de junio de 2001⁸⁴. En el primero de ellos el Consejo de Estado expresa “(...) aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente –indiciariamente (...)”.

Así mismo en el siguiente fallo señaló:

(...) Tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar⁸⁵.

La importancia de estas dos providencias resulta vital, dado que, si bien está sentando que el deber de probar el nexo causal sigue estando a cargo del demandante, ello no se convierte en una regla general sino que se deberá estudiar cada caso concreto y determinar a cuál de las partes le resulta más fácil demostrar la existencia o no del nexo causal entre el daño y la actividad de la entidad pública. Por ende, cada situación particular que entre a ser dilucidada por las autoridades judiciales en lo contencioso administrativo, se deberá analizar la conducta procesal de las partes frente a, qué le puede ser exigible a cada una de estas.

81 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 1995.

82 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1995. Exp. 9848

83 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Fallo del 7 de octubre de 1999. Exp. 12.655. María Elena Giraldo Gómez

84 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Fallo del 14 de junio de 2001. Exp. 11901. Alier Hernández.

85 Ibid.

3. CONCLUSIONES

Una vez analizados los títulos jurídicos de imputación bajo los cuales está llamado a responder patrimonialmente el Estado cuando ocasiona un daño antijurídico, podemos señalar que hoy en Colombia dicho régimen de responsabilidad no obedece a un esquema objetivo como inicialmente se quiso presentar por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, sino que por el contrario, lo que esta norma constitucional consagra es que la responsabilidad del Estado sigue siendo subjetiva, por cuanto debe probarse la existencia de un daño antijurídico, el cual debe ser imputable al Estado, y esta imputación se hace mediante los llamados títulos jurídicos de imputación ya analizados.

Con esta investigación se pretende manifestar que, si bien se pensó que con la expedición del artículo 90 de la Constitución política de 1991 los regímenes jurídicos de responsabilidad preconstitucionales desaparecerían por cuanto la norma citada había tornado objetiva la responsabilidad patrimonial del Estado, posteriormente, el Consejo de Estado fue atenuando esta tendencia y comenzó a utilizar en cada una de sus providencias nuevamente los títulos jurídicos de imputación, los cuales se mantienen. Es decir, que hoy en día el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado es por regla general de tipo subjetiva, salvo algunas excepciones de responsabilidad objetiva.

Bibliografía Referenciada

ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo La responsabilidad Objetiva de la Administración Pública en Colombia, estudio publicado en la obra “La Responsabilidad de la Administración Pública”, Colombia – España – Francia – Italia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

CASTILLO BLANCO, Federico A. La protección de Confianza en el Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CÓDIGO CIVIL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA. Bogotá: Legis, 2008.

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Bogotá: Leyer. Colección Códigos Brevis. Décima Octava Edición, 2001.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 30 de septiembre de de 1960. Actor Esther Wolf, C.P. Francisco Eladio Gómez Posada.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de octubre de 1976. Expediente 1482, Actor, Banco Ganadero del Magdalena Vs. Nación.

_____.Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 29 de noviembre de 1977. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

_____.Sentencia del 20 de febrero de de 1989. Exp. 4655.

_____. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 30 de marzo de 1990. C.P. Antonio José Irisarri.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de de 1990.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 1991. Expediente 6515, actores: Fabio Ruíz Ospina y otros.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. Expediente 6941, actores: Ninfa rubio Vda. De Celis y otros.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 1992. Sección Tercera, expediente 6754, actor: Enrique Saltarín Monroy.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de diciembre de 1992(Expediente 7403) Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández.

_____.Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera Sentencia del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 11 de abril de 1994, expediente 8528, Consejo de Estado

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de agosto de 1994, expediente 9172, Consejo de Estado

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 1994, expediente 9106, Consejo de Estado

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 1995.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1995. Exp. 9848.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 1997, expediente 9912, Consejo de Estado.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999. C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Procesos acumulados 10948 – 11643, demandado Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11.401, Consejo de Estado, Sección Tercera.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2000, expediente 111.670, actores: Martiniano Rojas y otros.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente No. 11.482.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 22 de octubre de 1997, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández. Proceso 13977, demandante: Instituto de Seguros Sociales, demandados: Martha Lucía Salamanca, Félix Antonio Quitian Burgos, Noralba García Romero.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Fallo del 7 de octubre de 1999. Exp. 12.655.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha 18 de mayo de 2000, expediente 12.053.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente No. 11.482.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. Expediente 11.585. Actores: Noemí Revelo de Otalvaro y otros.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente 11.76.6, Consejo de Estado, Sección Tercera.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Fallo del 14 de junio de 2001. Exp. 11901.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002.

_____.Expediente 14.565. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de julio de 2004.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2005. (Expediente No. 12.158(R-5732). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Bogotá: Legis, 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 333 del 1 de agosto de 1993.

DECRETO LEY 630 DEL 10 DE MARZO DE 1942. Por el cual se amplía el plazo para la presentación de unos documentos y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 24908 del jueves 12 de marzo de 1942. Rollo 24899 – 24923.

DECRETO 528 DEL 9 DE MARZO DE 1964. Diario oficial del miércoles 1 de abril de 1964 numero 31330. “Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencias, se desarrolla el art. 217 de la Constitución y se dictan otras disposiciones. Fuente biblioteca Luis Ángel Arango. Hemeroteca. Rollo fuente 31330 – 31355.

DECRETOS NUMEROS 1400 Y 2019 DE 1970. (Agosto 6 y Octubre 26) Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil.

DECRETO 444 DE 1993. Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas. DE IRISARRI RESTREPO. Antonio José. La responsabilidad de la administración pública por falla o culpa del servicio en Colombia. En: La responsabilidad de la administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

GACETA CONSTITUCIONAL, No. 56 del lunes 22 de abril de 1991. Ponencia del Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

GARCIA ENTERRIA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, 1993.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. Jornadas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Bogotá: Nueva Jurídica, 2007.

LEY 153 DE 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

LEY 167 DE 1941. Estableció un nuevo estatuto general sobre la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

LEY 104 DE 1993. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.

LEY 80 DEL 28 DE OCTUBRE DE 1993. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Presunciones de culpa y presunciones de responsabilidad. En: Responsabilidad Civil. Jornadas en homenaje al profesor doctor Roberto H. Brebbia, Ed. Vélez Sársfield, Rosario, 1988, p. 115. Citado por Bueres, Alberto J. Responsabilidad Civil de los médicos. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

DUQUE HOYOS, Ricardo. Balance Jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad, a partir de la Constitución Política de 1991. En: Revista Derechos y Valores. Universidad Militar Nueva Granada. Julio. Año 2000.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Santa fe de Bogotá: Temis, 2ª edición. Tomo I, Volumen 2, 1996.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. Santa Fe de Bogotá: Temis S.A., 1997.