

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

LUIS ARNOL ELGUEDO CANTILLO
CRISTHIAN EDUARDO FERNANDEZ SANTOS

UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
2022

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Proyecto de investigación para optar al título de abogado

LUIS ARNOL ELGUEDO CANTILLO
CRISTHIAN EDUARDO HERNÁNDEZ SANTOS

Asesor Metodológico
DR. FARITH GONZÁLEZ DAZA
ABOGADO

Asesor Temático
DRA. GUIOMAR MARTÍNEZ
ABOGADA

UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
2022

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

VALLEDUPAR, _____

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico primero a Dios, por ser el que ha permitido su realización, a mis padres a quien les debo todo lo que soy, a mi esposa por estar siempre a mi lado apoyándome y por ultimo a mis hijas; Sandry, Melanie y Valerie, por las que lucho día a día.

LUIS ARNOL ELGUEDO CANTILLO

DEDICATORIA

Dedico mi tesis principalmente a Dios, por darme la fuerza necesaria para culminar esta meta.

A mis padres, por todo su amor y por motivarme a seguir hacia adelante.

También a mis hermanos, por brindarme su apoyo moral en esas noches que tocaba investigar.

Y, finalmente, a los que no creyeron en mí, con su actitud lograron que tomará más impulso.

CRISTHIAN EDUARDO HERNANDEZ SANTOS

PAGINA DE AGRADECIMIENTOS

AGRADECIMIENTOS

Mis agradecimientos a todos los profesores y asesores que hicieron posible llegar al final de este camino de mucha dedicación y sacrificio, a mi esposa Edelmira por aguantar tantas noches de traspasado y a mis compañeros de estudio por su apoyo incondicional, Gracias Dios por permitir llegar al final de esta meta.

LUIS ARNOL ELGUEDO CANTILLO

PAGINA DE AGRADECIMIENTOS

AGRADECIMIENTOS

Al ver el resultado logrado con este ambicioso proyecto, solamente se me ocurre una palabra:
¡Gracias!

Todo el trabajo realizado fue posible gracias al apoyo incondicional de Karen, mi esposa, que estuvo a mi lado en los momentos difíciles, y a mi hija Danna Sofia, cuya paciencia fue puesta a prueba en incontables ocasiones.

Gracias, también, a mi madre, que me dieron todo lo que necesité, y a mis amigos, que me dieron su contención.

Nada de esto hubiera sido posible sin ustedes. Este trabajo es el resultado de un sinfín de acontecimientos que poco tuvieron que ver con lo académico, sino más bien, con el amor.

Gracias infinitas a ustedes y, por supuesto, a Dios, por ponerlos en mi camino.”

CRISTHIAN EDUARDO HERNANDEZ SANTOS

TABLA DE CONTENIDO

	PAG
RESUMEN.....	10
ABSTRAC.....	10
PALABRAS CLAVES.....	10
KEY WORDS.....	10
INTRODUCCION.....	12
CAPITULO I.....	13
1.-TITULO.....	13
2 -LINEA DE INVESTIGACIÓN.....	13
3.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
3.1.-Descripción y formulación del problema de investigación.....	13
4.-OBJETIVOS.....	15
4.1.-OBJETIVO GENERAL.....	15
4.2.-OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	15
5.-JUSTIFICACIÓN.....	15
CAPITULO II.....	17
6. MARCO REFERENCIAL.....	17
6.1 Marco histórico.....	18
6.2 Marco teórico.....	19
6.3.-Marco jurídico.....	24
7.-ESTADO DEL ARTE.....	29
CAPITULO III.....	36
8. MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.....	36
9. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD.....	36
9.1. Régimen subjetivo.....	36
9.2. Régimen objetivo.....	40
10. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	45
11. FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	46
12.NATURALEZA DE LOS DERECHOS EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	48
13.LA CULPA Y SUS DIVISIONES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	48
14. CARGA DE LA PRUEBA EN LOS REGIMENES OBJETIVO Y SUBJETIVO.....	49
15. LA EXTENSION DE LA REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	51
16. PRESCRIPCIÓN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.....	54
17. CAUSALES EXONERATIVAS EN EL REGIMEN SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA	

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....54

CAPITULO IV

18 DISEÑO METODOLOGICO

18.1-Tipo de investigación:

18.2 Enfoque de investigación:

18.3 Diseño de investigación:

18.4 Criterio epistemológico:..... 66

18.5 Universo, población y muestra:

18.6 Técnicas o instrumentos para la recolección de datos:

18.7 Fuentes de la información:

19. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

En el derecho público la acción de reparar un daño causado por un agente del estado tiene como fundamento la justa restitución la cual se gradúa dependiendo de la legitimidad en la acción por parte del estado; esta obligación de resarcir, no nace del daño propiamente dicho, sino de la restitución de una situación injusta sufrida por la víctima, para ello, el sistema jurídico Colombiano nos ilustra el derrotero para entender cuando existe una responsabilidad patrimonial atribuible al Estado Colombiano, con la constitución del 91, en su carácter de Norma de normas, donde se dieron grandes avances para dejar claro que existen diferentes regímenes de responsabilidad, y uno de los objetivos principales es cubrir los daños y perjuicios que el asegurado cause en los bienes (daños materiales) o la salud (daños personales) de un tercero

ABSTRAC

In public law, the action to repair damage caused by a state agent is based on fair restitution, which is graduated depending on the legitimacy of the action by the state; This obligation to compensate, does not arise from the damage itself, but from the restitution of an unjust situation suffered by the victim, for this, the Colombian legal system illustrates the course to understand when there is a patrimonial responsibility attributable to the Colombian State, with the Constitution of 1991, in its character of Norm of norms, where great advances were made to make it clear that there are different liability regimes, and one of the main objectives is to cover the damages that the insured causes in the goods (material damages) or the health (personal injury) of a third party

PALABRAS CLAVES

Derecho Público, reparación del daño, agente del estado, constitución política colombiana, regímenes de responsabilidad, daños materiales, daños personales

KEY WORDS

Public Law, damage repair, state agent, Colombian political constitution, liability regimes, material damage, personal injury.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación trata el tema del fundamento de la responsabilidad Civil extracontractual del Estado, que se puede definir como el sometimiento estatal al ordenamiento jurídico por las actuaciones u omisiones que generan un daño a quien no tenía el deber jurídico de soportarlo.

La constitución de 1991, en su artículo 90, conceptúa sobre la responsabilidad Civil extracontractual del Estado, diciendo que “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, repetirá contra el agente o los agentes que hayan provocado el daño (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90)

La responsabilidad Civil extracontractual del Estado se caracteriza por:

1. Es o tiene un fundamento constitucional
2. Es la responsabilidad de una persona jurídica
3. Es una responsabilidad directa
4. Es una responsabilidad regida por el derecho público
5. Es una responsabilidad integral
6. Es una responsabilidad objetiva (Wasterberg, 2002, pág. 344)

Para analizar esta problemática es necesario reflexionar sobre sus causas. Se puede afirmar que todas las actividades que desarrolla el Estado en las diferentes ramas del poder público y órganos del Estado, pueden generar responsabilidad a su cargo, ya que los agentes que realizan esas actividades pueden causar perjuicios a los administrados, los cuales deben ser reparados.

La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia adquiere fundamento constitucional a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. Hasta entonces, no existía una disposición constitucional que contemplara en forma expresa la obligación reparatoria del Estado; Fue necesario, entonces, abocar el tema mediante la creación jurisprudencial, que recurrió e invocó disposiciones inicialmente de derecho privado y posteriormente llegando a normas constitucionales. Se distinguen varios períodos: Un primer periodo en el que imperó el dogma de la “Irresponsabilidad absoluta del Estado” (hasta la 2° mitad del siglo XIX), época en la que el Estado no respondía por los daños causados con ocasión de su actividad, ya que se consideraba contrario a la idea de soberanía: el Soberano disponía de los bienes de los ciudadanos y no era responsable de sus actos; no existían derechos individuales o privados oponibles al poder del Estado. A partir de las primeras décadas del siglo XX empieza a hablarse de responsabilidad del Estado, en aplicación de las normas contenidas en el Código Civil, 1 bajo el postulado del “Estado Social de Derecho” y del “intervencionismo del Estado”.

La investigación que nos ocupa se realiza por el interés de conocer todo el andamiaje de la responsabilidad Civil extracontractual del Estado y su real y efectivo alcance.

En cuanto a la metodología la investigación se realizó a través de la revisión de documentos.

El objetivo del trabajo de investigación es determinar cuáles son los fundamentos de la responsabilidad Civil extracontractual del Estado.

En cuanto a la distribución de los diversos temas en la estructura del trabajo, tenemos que en el capítulo I, se realiza el planteamiento del problema. – En el capítulo II, el marco histórico, muestra como por primera vez en Francia, se reconoce la responsabilidad de la administración por sus actos y hechos administrativos a través del Fallo Blanco, proferido por el Tribunal de Conflictos de ese País en el año 1873 y que además, en el Estado del arte, encontramos los antecedentes del tema materia del presente estudio. – En el capítulo III, se analiza todo lo que tiene que ver con el diseño metodológico de la investigación.

La presente introducción contiene, entonces, una visión general del tema investigado y nos hace entender el trabajo.

CAPITULO I

1.-TITULO: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

2 -LINEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PÚBLICO

3.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.1.-Descripción y formulación del problema de investigación.

En sentido general, el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, ha sido objeto durante muchos años, de intensos debates y de una amplia investigación.-Según una Concepción, toda responsabilidad se fundamenta en un factor psicológico (dolo o culpa) que origina la responsabilidad subjetiva; otra corriente funda la responsabilidad en el simple hecho imputable a una persona, sin tener presente que haya sido culposo o no, es la doctrina de la responsabilidad objetiva o por riesgo.- Existen otras conceptualizaciones que estatuyen que hay grupos importantes de daños que deben indemnizarse por razones de equidad y con base en la doctrina de la equidad.

Los artículos 2341 a 2360 del Código Civil, constituyen la principal normatividad de la responsabilidad en nuestro país.-Es necesario, por tanto, averiguar cuál es el fundamento de ésta clase de responsabilidad, motivo de nuestro trabajo.-De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacionales, podemos darnos cuenta cómo unos daños se gobiernan por los principios de la responsabilidad subjetiva, otros por la responsabilidad objetiva o responsabilidad de pleno derecho y, finalmente, otras por una clase de responsabilidad intermedia.

En Colombia el artículo 2341 es la norma rectora de la responsabilidad extracontractual, el cual establece:” 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 imponga por la culpa o el delito cometido”¹.

EL anterior texto, de manera expresa, nos dice que es la culpa o el delito lo que obliga a la indemnización del daño causado.-En ninguna parte se refiere el artículo a todos los demás posibles daños, sino particularmente a los que se originan en el hecho propio o personal del agente.-Se trata, entonces, de una responsabilidad subjetiva.- Es equivocado pensar que la mencionada norma, aunque se denomina RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, contiene todos los casos de responsabilidad extracontractual.

Tradicionalmente se ha tenido que el fundamento de la responsabilidad civil era exclusivamente subjetivo y que éste radicaba en la culpa, por tal motivo, esta

noción de culpa como fundamento de la responsabilidad puede catalogarse como clásica, y fue adoptada, prácticamente, por unanimidad en los códigos modernos. La noción de culpa, sin embargo, que pareció por mucho tiempo tan sólida-como anota RIPERT-durante todo el siglo XIX los juristas no han podido plantearse siquiera la duda de que no fuera éste el fundamento de la responsabilidad civil, se encuentra sometida desde hace cincuenta años a la crítica más concienzuda y prolija que conoce el derecho contemporáneo.(Aedo Barrena C. (2014). El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. distintas teorías. <http://www.scielo.cl/scielo>). -Precisamente este aspecto responde a lo que se ha dado en llamar la “crisis de la responsabilidad civil.”¹

Todo este trabajo de fermentación en torno al verdadero fundamento de la responsabilidad civil ha tenido como consecuencia que la polémica se presente siempre en la doctrina en favor o en contra de la culpa, hasta el punto de haberse llegado a desconocer que pueden adjudicarse otras soluciones al problema

La culpa que siempre fue considerada como el fundamento de la responsabilidad civil, se ha visto obligada a reestructurar sus propios conceptos para poder explicar la evolución del sistema de la responsabilidad civil, en el derecho contemporáneo.- La doctrina cree que, muy a pesar de la reestructuración, el principio de culpa, no puede seguir rigiendo la noción de responsabilidad civil, y por ello, han tratado de sustituirlo por otros fundamentos, como la responsabilidad objetiva y el de la garantía.

Ahora, con arraigo en los aspectos planteados en la parte antecedente, nuestra Carta Política impone a los poderes públicos la obligatoriedad de actuar dentro de los límites constitucionales y a las autoridades de la República, el deber de garantizar y de respetar los derechos reconocidos por ella. – En el orden antes dicho, el órgano administrativo debe acomodar sus actuaciones, ya no solo a los mandatos constitucionales, sino también a los preceptos legales, pues, confiere el ciudadano poder suficiente para acusar ante la jurisdicción especial todas aquellas decisiones; operaciones y hechos que extralimiten el marco de la legalidad y que lesionen los derechos particulares.

Es de todos conocido, que las autoridades están constituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, siendo uno de los más

¹ Cuando nos referimos a la culpa, necesariamente hay que referirse a que el sistema de responsabilidad civil se encuentra bajo un constante asedio en tanto no logra ni la justicia ni la eficiencia en compensar a las víctimas de los accidentes. Las soluciones a que se apeló en una generación anterior, y que involucraron el reemplazo de las reglas de responsabilidad por sistemas universales de compensación, hoy son rechazadas sobre la base de su excesivo costo por algunos de los mismos que las propusieron.

importantes, el de obrar dentro de los límites del derecho, imponer el acatamiento de la ley, conservar el orden público, y en general, prestar eficazmente los servicios públicos y para poder alcanzar esas finalidades esenciales, el Estado profiere decisiones administrativas, escritas o verbales, realiza operaciones y ejecuta actos administrativos materiales, vale decir, cumple una función de derecho público y en ese desempeño de esa misión, puede que ocurra acaecimientos involuntarios o hechos administrativos propiamente dichos, cuyo agente productor es el Estado en función del servicio público.

En la consecución de las finalidades esenciales, la administración puede traspasar los linderos de la legalidad con lesión de derechos particulares o cuando por faltas del servicio se acarrearán perjuicios individuales por actos administrativos, siempre que se dé un daño, una imputación y la relación de causalidad.

¿Entonces, cuáles son los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado?

4.-OBJETIVOS

4.1.-OBJETIVO GENERAL

Determinar cuáles son los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado.

4.2.-OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar la sentencia del Consejo de Estado de fecha 30 de septiembre de 1960, con ponencia al Magistrado doctor FRANCISCO ELADIO GÓMEZ, donde se establece como base jurídica de la responsabilidad estatal, la teoría estrictamente de derecho público.
- Estudiar lo expuesto por algunos tratadistas sobre esta materia.
- Averiguar que dice la normatividad sobre los fundamentos de la responsabilidad Civil extracontractual del Estado

5.-JUSTIFICACIÓN

En 1887 se expidió el Código Civil, cuyas disposiciones (Principalmente los

artículos 2341 a 2360) fueron el eje central de la evolución y consolidación de la responsabilidad estatal. Se puede determinar entonces que en estos artículos encontramos las normas rectoras de la denominada RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. En el artículo 2341 del Código Civil Colombiano se abarca la doctrina de la responsabilidad subjetiva. **ARTICULO 2341. <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 imponga por la culpa o el delito cometido.

Por otro lado, en el artículo 2356 del Código Civil, se puede ver el carácter objetivo de la Responsabilidad Extracontractual. **ARTICULO 2356. <RESPONSABILIDAD POR MALICIA O NEGLIGENCIA>**. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino

En el orden que viene dicho, nos planteamos como objetivo, determinar cuáles son los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual y habrá que analizar qué clase de daños se tienen en cuenta para ordenar la indemnización, cómo también cuales son los fundamentos que coexisten y contribuyen mutuamente a resolver el gran problema de la indemnización de daños que alguien causa a otro.

La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa de un daño y otro lo ha sufrido. - La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado.

Por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. -Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien, a pesar de haber causado un daño a otro, no es obligado a repararlo.

Es, pues, de gran importancia, establecer cuál es el real fundamento de esta figura indemnizatoria del derecho civil, su génesis y su desarrollo.

CAPITULO II

6. MARCO REFERENCIAL

Fue en Francia, en donde por primera vez se reconoce la responsabilidad de la administración por sus actos. – EL FALLO BLANCO, proferido por el Tribunal de Conflictos de ese País en 1873, se constituyó en un faro universal, pues, se afirmó en era trascendental providencia la responsabilidad del Estado en las contenciones nacidas entre un particular y cualquier persona pública. Los hechos que dieron origen al trascendental fallo, se producen con el sufrimiento una niña. – “La niña tenía 5 añitos y mientras caminaba de la mano de su padre frente a la empresa tabacalera en la ciudad de Burdeos, Francia, un vagón empujado por varios trabajadores se la arrebató hasta el punto que hubo que amputarle la pierna a la altura del muslo producto de las heridas causadas.

Pocos días después, el 24 de enero de 1872, el señor Juan Blanco interpone demanda por los daños causados a su hija, perjuicios a su familia y a su patrimonio, solicitando que se declarara los trabajadores de la tabacalera como coautores del accidente, pero además que se declarara al Estado como civilmente responsable a causa de sus empleados. Igualmente, que le pagaran 40.000 francos como indemnización debido a que la empresa de manufactura de tabacos pertenecía al Estado francés. El caso tuvo tanta controversia y peso que, aunque en primera instancia fueron negadas las pretensiones pasó al Tribunal de Controversias que le atribuyó la jurisdicción del caso a los Tribunales Administrativos donde se le dio la razón al señor Juan Blanco.

Esta historia es tan importante debido a que, gracias al fallo blanco del 08 de febrero de 1873, la responsabilidad del Estado por daños causados a particulares por personas que prestan un servicio público no podría seguir rigiéndose por el Código Civil sino por reglas especiales. Además, con el deber de conciliar las ventajas del Estado con los derechos de los particulares. Así las cosas, el tribunal de conflictos decide que la autoridad administrativa es la única competente para conocer del caso.

Ahora bien, aunque se afirma que el derecho administrativo nació con el fallo Blanco, también nos llega que desde la antigüedad en el derecho romano se presentaban aparatos públicos muy sofisticados y parecidos a un Consejo de Estado cuyas actuaciones producían efectos jurídicos sobre los particulares como, por ejemplo, fijar competencias, funciones y potestades a las instituciones que lo integraban. De todas maneras, el fallo Blanco tuvo tanta importancia que aún hoy después de 150 años se sigue discutiendo en la academia en clases de derecho administrativo para ilustrar a los estudiantes y futuros abogados cómo surgió a las diferentes jurisdicciones del mundo.

En nuestro país, tiene especial relevancia debido a que el General Santander desde 1826 implantó en una de las principales universidades de Ecuador la materia de derecho

administrativo que posteriormente el mismo general la trajo a Colombia y que desde esa época se viene enseñando de manera ininterrumpida hasta nuestros días.

El surgimiento del Consejo de Estado en Colombia tiene connotaciones hasta sentimentales debido a que fue instaurado por el libertador Simón Bolívar en 1817 cuando aún era un insurgente que luchaba contra los abusos de la monarquía española. Posteriormente, en 1830 en los tiempos cuando surge la República y el libertador fungía como jefe supremo de la nación colombiana, el Consejo de Estado obtiene su sanción constitucional.

Ahora en inicios del siglo XX, se da en Colombia, el primer caso de Responsabilidad del Estado, con el caso del fallo Villaveces (CSJ, jul. 21 de 1922), punto de partida de la indemnización del daño moral en Colombia. Según esa historia, el daño moral se indemnizó por primera vez cuando se ordenó la reparación de daños causados al demandante con el traslado inconsulto de los restos mortales de su cónyuge en un cementerio bogotano.

En síntesis, la Constitución política de 1991 establece en el artículo 90 que el Estado será responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos. De acuerdo con la norma, la falla del servicio sigue siendo un elemento de la estructura de la responsabilidad, pero no en todos los casos será exigible por el juez.

En efecto, el Estado es responsable por el daño antijurídico cuando le sea imputable. Hoy el Estado será responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que causen sus agentes.

Esto significa que el primer elemento que hay que analizar en la responsabilidad extracontractual del Estado es el daño y no la falla. Para concluir, son dos los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado: el daño y que le sea imputable al Estado: como ocurrió hace años con el fallo Blanco” (Tabares Agudelo L.(2021) Columna de opinión – El informador)

6.1 Marco histórico

En el antiguo derecho, el que causaba daño a otro no contraía ningún deber jurídico respecto del damnificado, si no que quedaba expuesto a la venganza del ofendido o de su clan, mentalidad bárbara que era considerada lícita y sin limitación alguna. Con la expedición de la ley del Talión, hubo un progreso, ya que se estableció una rigurosa adecuación entre la ofensa y daño sufrido y la venganza y se percibe que en este momento nace del hecho dañoso una verdadera responsabilidad. A raíz del progreso social en aquella época, se impuso al culpable, sometido a la venganza del ofendido, la necesidad de aplacar ésta venganza mediante la ofrenda de una suma de dinero, que si era aceptada, el ofendido tenía que renunciar a la venganza, la ley de las XII tablas, desplaza la ley del Talión, pues, la indemnización pecuniaria por el daño que era facultativa

para el ofensor, se volvió obligatoria. La ley Aquilia surgió posteriormente y fue mucho más allá, ya que llegó a modificar las normas del derecho romano, unificando todo el sistema normativo vigente y aportó nuevas categorías de hechos dañosos que dieron lugar a indemnización. Toda esta etapa primitiva del derecho, nos coloca en una perspectiva puramente materialista. El fundamento de la obligación de reparar era puramente objetivo y con el advenimiento del desarrollo y progreso social surgen los diferentes estudios sobre fundamentos subjetivos de la responsabilidad, ya a la entrada de los tiempos modernos.

6.2 Marco teórico

El Consejo del Estado, en sentencia de septiembre 30 de 1960 con ponencia del consejero doctor FRANCISCO ELADIO GÓMEZ, reitera como bases jurídicas de la responsabilidad estatal, la teoría estrictamente de derecho público, es decir que para reducir la responsabilidad de la administración no se debe acudir a las normas del Código Civil, sino a las normas de derecho público. Expuso lo siguiente la más alta corporación en lo contencioso administrativo:

“Estima el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado en materia como la que han originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo, en vista de diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto, el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos; y las personas que se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio, el Derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respeto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas; y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines. Desde luego, conviene anotar que frecuentemente se desatan las controversias originadas de la responsabilidad del Estado con fundamento en principios y disposiciones del derecho civil, debido principalmente a que los dos derechos antes nombrados no pueden mirarse como opuestos, ya que en muchos casos no aparece muy claramente definida la línea de separación entre ellos. Estas circunstancias, unidas al desconocimiento o conocimiento incompleto, de los principios sobre los cuales descansa el derecho administrativo dieron lugar a que prevaleciera hasta hace poco el criterio puramente civilista

para deducir, las responsabilidades de las entidades de derecho público.

“Sobre este particular se expresa así h. Corte:

“«El criterio del derecho civil ha expresado en Colombia invaluable servicios a la jurisprudencia para hacer efectiva la responsabilidad de la administración por el daño causado a terceros por falta de los funcionarios en la prestación de los servicios públicos. Nuestra doctrina, sin hacer la distinción formulada en otras partes, entre el daño individual según provenga de actos de gestión privada del Estado sobre un patrimonio y actos de gestión sobre servicios públicos, ha admitido de manera general la responsabilidad del Estado, tratándose de gestión pública o de gestión privada con el auxilio del criterio del derecho civil. Con lo cual, entre nosotros, todo daño concreto causado por la administración, excepto cuando obra con poder público soberano, ha podido ser indemnizado, mediante acciones de responsabilidad y sin recurrir a la doctrina administrativa.»

“La misma Corte, basada en autorizados conceptos de eminentes tratadistas de derecho hace ver las deficiencias del criterio civilista en la materia que se viene estudiando, al exponer:

“«La teoría del derecho administrativo de la responsabilidad del estado por las llamadas faltas de servicio se originó que entre los antiguos doctrinantes se sostuvo el sistema regaliano, según el cual los actos de gestión privada del Estado son susceptibles de comprometer su responsabilidad, por aplicación de los principios del derecho civil, como a otra persona moral cualquiera. Pero decía sé que el Estado soberano y precisamente no podía ser demandado por responder de los perjuicios ocasionados por la gestión administrativa, de los servicios públicos. Contra esta escuela reaccionaron muchos y muy prestigiosos tratadistas que consideraron que el Estado, supremo definidor del derecho, está sometido a la ley moral...».

“Se dice que la generalización del criterio del derecho civil para juzgar todos los actos de responsabilidad del Estado, por faltas de los funcionarios es deficiente; porque la existencia del empleado es un hecho ineludible para la administración; y dado el modo en que conforme a los reglamentos legales se hace su nominación; es imposible acusar al Estado de falta de diligencia y cuidado en la designación de sus funcionarios. El empleado no es un mandatario de la administración al modo del subalterno de una persona natural o moral de derecho privado. De consiguiente, para muchos resulta un tanto ficticio o irreal deducir la responsabilidad del Estado por vía indirecta, asimilando a la persona que tuvo libertad para elegir al subalterno, por lo cual se exige de ella la debida previsión y cuidado en el nombramiento y luego estricta vigilancia sobre la manera como el dependiente cumpla sus funciones.»

“Tildase así de inexacta la presunción de culpa a cargo del administrador por falta de vigilancia o mala elección, fundada en las normas pertinentes del Código Civil.

Los hermanos HENRI Y LEÓN MAZEAU, sobre responsabilidad civil extracontractual del Estado, expresan:

“» El mismo HAURIUO establece la distinción entre el hecho personal del funcionario caracterizado por la voluntad clara de no obrar conforme al servicio, y la falta de servicio, o sea, aquellas faltas consistentes en errores, negligencias u omisiones que están en las costumbres del servicio e imputables más a las autoridades que lo dirigen que a los agentes subalternos que han cometido materialmente el hecho.»

“«Para que el Estado sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto administrativo y que el hecho ilícito se realice en función directa con la prestación del servicio. Si por el contrario, el empleado a utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto, de los que pueden considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la Administración.

“»La doctrina de derecho público de la responsabilidad de la Administración por la realización de los servicios públicos, no parten como en el Código Civil de la necesaria existencia de un hecho delictuoso o cuasidelituoso, generado en la culpa probada o presunta del responsable, sino que tiene en cuenta únicamente la existencia de perjuicios individuales por actos administrativos, distintos naturalmente de los que a los particulares puede causar el ejercicio normal, regular y con efectos generales del poder, público».

La autonomía del derecho, como lo anota el profesor MAURICE DUVERGER (Droit public, 1957, págs. 2 y ss.), se ha estructurado sobre bases orgánicas; materiales y formales. Estos criterios imprimen carácter a las relaciones jurídicas, indican la naturaleza de los intereses comprometidos y señalan los procedimientos singulares utilizados por el poder público. Desde el un punto de vista orgánico, la autonomía se apoya en la diferencia entre gobernantes y gobernados y en la índole de las relaciones jurídicas que los unen. La intervención del poder público como sujeto de derecho, impone la necesidad de sistemas distintos de aquellos que regulan las relaciones entre particulares. Desde el punto de vista material; la distinción se funda en la naturaleza de los intereses en juego. El fin esencial del Estado es el de satisfacer necesidades colectivas, y en razón de ese objetivo superior, necesita apelar a sistemas autónomos que garanticen el cumplimiento de sus deberes sociales. El lapso jurídico que vincula a los particulares no trasciende directa o indirectamente sobre la colectividad, en tanto que en la relación habida entre la Administración y los ciudadanos puede interponerse, como elemento distintivo, el concepto de utilidad general. Desde el punto de vista formal, la diferencia es la manera cómo operan

y se manifiestan las relaciones jurídicas. En derecho privado domina el principio de la libre determinación y de la consiguiente autonomía de la voluntad. En derecho público se parte de la idea contraria. Los intereses colectivos limitan la actuación del Estado, por una parte, y le otorgan a la Administración poderes singulares de imposición y facultades excepcionales de decisión unilateral; incompatibles con los sistemas de derecho privado.

Como un verdadero antecedente de la responsabilidad Civil extracontractual del Estado, encontramos en nuestro País, los artículos 2341 o 2360 del Código Civil constituyen la principal normatividad de la responsabilidad civil extracontractual.

Este trabajo tiene por objeto averiguar cuál es el verdadero fundamento de esta clase de responsabilidad, por lo que la jurisprudencia y la doctrina nacionales, ayudarán a encontrar una respuesta, cuando advierten que unos daños se gobiernan por los principios de la responsabilidad subjetiva, otros por la responsabilidad objetiva o responsabilidad de pleno derecho y, finalmente otros por una clase de responsabilidad intermedia.

El artículo 2341 del Código Civil Colombiano, trae una denominación específica: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL y la define, como “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 imponga por la culpa o el delito cometido”

EL texto transcrito, es claro al afirmar que es la culpa o el delito, lo que obliga a la indemnización por el daño causado y por ningún lado encontramos referencia a todos los demás posibles daños, sino únicamente a los que se originan en el hecho propio o personal del agente, vale decir, se trata de una responsabilidad subjetiva.

El criterio de la culpa, como fundamento de la responsabilidad civil, ha sido sometido a la crítica más exhaustiva, de que se tenga noticia en el derecho contemporáneo y ha obligado a reestructurar sus propios conceptos, para enmarcarse dentro del proceso de evolución del sistema de responsabilidad civil.- No obstante lo anterior, muchos pensadores creen, que muy a pesar de la reestructuración, el principio de culpa, no puede seguir fundamentando la noción de responsabilidad civil, dando paso a la responsabilidad objetiva y a una especie de responsabilidad intermedia.

Las doctrinas subjetivas de la responsabilidad fundadas en la culpa, nacen como reacción al régimen existente en los sistemas jurídicos primitivos, que exigían para decretar la reparación, que el daño fuera el resultado de la actividad humana, sin importar culpa de su autor.-Este avance se debió a la influencia de la moral griega y de la fe cristiana, que hacen cambiar de paradigma, según la cual, La obligación de reparar el daño tiene fundamento, No en el daño causado, sino en la culpabilidad de su autor, tomando de esa manera la responsabilidad jurídica un camino paralelo al de la responsabilidad moral.

A partir de ahí, las primeras leyes sobre responsabilidad extracontractual se basan en el concepto de dolo o culpa, tal el caso de la ley aquilia, expedida en Roma hacia la mitad del siglo III a. de C.

Con el advenimiento del individualismo jurídico, cada hombre puede realizar su actividad con plena libertad, sin preocuparse de las consecuencias o de los riesgos que ella pueda acarrearle; la libertad de acción es la regla, La responsabilidad es la excepción. - Cada hombre hace suyos los frutos de su actividad, pero debe responder por los daños que ocasione.

A raíz de ese cambio, **nace la responsabilidad objetiva** constituyéndose en otro fundamento de la responsabilidad civil.-Esta doctrina sostiene que la obligación de reparar el daño tiene su razón de ser en el daño efectivamente causado a otro y en la posibilidad de su imputabilidad material a una determinada actividad humana, más no en la existencia de la culpa.

La doctrina objetiva o doctrina del riesgo-dice J. DE AGUILAR DIAS-fue elaborada por algunos partidarios de la escuela del derecho natural durante el siglo XVIII, particularmente THOMA SIUS y HEINNECIUS, quienes enseñaron que el autor de un daño es responsable, sin tener en cuenta la culpa con que lo haya cometido.

En un sentido amplio, la responsabilidad objetiva o de pleno derecho, como también se le llama, se enuncia, así: "El hombre debe responder de sus actos en razón de que cualquier actividad entraña riesgos y peligros", por lo que, como se ve, aquí se responde simplemente porque se ha obrado; en cambio, en la responsabilidad subjetiva, se responde porque se ha obrado mal, vale decir, porque el que ha inferido el daño se ha comportado de una manera diferente de cómo lo hubiera hecho un hombre normal.

Además de todo lo dicho, en éste aparta, es necesario decir que existe una categoría de daños, que no hacen parte de la responsabilidad subjetiva, y que se fundamentan en una especie de responsabilidad intermedia, por lo que no exigen el elemento culpa o dolo, ya que se presumen; pero el autor del daño puede exonerarse de responsabilidad probando la ausencia de culpa, como sucede con la obligación que se impone a los padres, guardadores y empleadores de reparar los daños causados por sus hijos, pupilos y sirvientes, respectivamente(Artículos 2347 y 2349 del Código Civil).

En conclusión, no todo campo de la responsabilidad civil, reglamentado en nuestro Código Civil, se fundamenta en la culpa o en el dolo, pues, al lado de la responsabilidad subjetiva, existen importantes casos de responsabilidad objetiva o de pleno derecho o por riesgo, y aún, casos de responsabilidad intermedia.

6.3.-Marco jurídico.

Artículo 90 de Nuestra Carta Política y demás normas concordantes. Los fundamentos de la responsabilidad extracontractual están en la Ley, en los artículos del código civil 2341 y 2356. En cuanto a la obligación de seguridad en las entidades del estado se encuentra en el artículo 1501 del Código Civil., artículo 177 del código Contencioso Administrativo. La ley 1164 de 2007 art 26 y la Ley1438 de 2011

ARTICULO 2341. 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 imponga por la culpa o el delito cometido.

Conc. Nota del Editor. Expediente 11001 31 03 032 2011 00736 01 de 2018. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Los presupuestos axiológicos y concurrentes de la responsabilidad extracontractual, son: el perjuicio padecido; el hecho intencional o culposo atribuible al demandado; y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre factores.

Nota Jurisprudencial: Por medio de lo fallado en el Expediente 05001 3103 000 1996 5497 de 2006, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia especificó que las obligaciones de los cirujanos plásticos son de resultado, y que en razón directa a ésta situación se determina su responsabilidad médica, y, obviamente, su responsabilidad civil.

Realizando un análisis de este artículo, podemos precisar que tratándose de la responsabilidad de las personas morales, en general por la culpa de sus dependientes o comisionados, y de las entidades públicas de cualquier grado, en particular, por la culpa de sus funcionarios o empleados, no puede hablarse de responsabilidad o causalidad indirecta, sino que ésta se configura siempre como directa, porque la persona jurídica o el Poder Público absorben la culpa del empleado o subalterno; aquella, porque es quien realmente obra o actúa a través de sus agentes; y éste, además, porque todo daño inferido por acto o hecho de un funcionario debe atribuirse a una falta del servicio.

ARTICULO 2356. Responsabilidad por malicia o negligencia

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta. Son especialmente obligados a esta reparación:

- 1.El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
- 2.El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

Analizando este artículo podemos decir que las premisas conceptuales abordadas en el apartado precedente permiten ingresar al análisis de la responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia colombiana. Las Actividades respecto a las cuales se plantea la discusión en

torno a la aplicación del supuesto de responsabilidad contemplado en el artículo 2356 del Código Civil colombiano tienen como característica el hecho de superar el riesgo ordinario de cualquier actividad; en otras palabras, podría señalarse que hay en ellas un riesgo mayor, que hace necesaria una intervención diferente de los sujetos y la sociedad, y distinta del simple control del acto humano que se ejerce con los cuidados y las diligencias necesarias para el caso.

En esta línea de reconstrucción del supuesto de responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia colombiana, se puede partir de una caracterización de la actividad riesgosa, y, en ese sentido, se identifica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 1965 una definición de actividad peligrosa como “todas aquellas que el hombre realiza mediante el empleo de cosas o energía susceptibles de causar daño a terceros”. Por su parte, la sentencia del 26 de agosto de 2010 refiere que debe entenderse como actividad peligrosa la que “[...] aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, [...]” (G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504), o la que “[...] debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que —de ordinario— despliega una persona respecto de otra”, como así lo registró esta corporación en sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 631514. La doctrina colombiana se condice con los elementos de juicio que se manifiestan en la citada sentencia para caracterizar una actividad riesgosa destacando la potencialidad dañosa de la actividad desplegada, el carácter incontrolable e imprevisible de esta, la incertidumbre de los efectos del fenómeno o la capacidad de destrozo que tienen sus elementos como características de estas actividades. Se trata de una caracterización que, si bien ha enfrentado severas críticas en el plano del derecho comparado¹⁶, al presentarse como demasiado amplia e insuficiente para alcanzar a constituirse como un principio rector de la responsabilidad civil, paralelo al principio de la culpa, ha tratado, sin embargo, de cubrir un vacío que la preeminencia misma de la culpa, en tanto única regla de imputación de responsabilidad, develó, precisamente, en medio de una explosión de situaciones dañosas, producto de las características de la sociedad moderna¹⁷, las cuales fueron insuficientemente resueltas con su aplicación a lo largo de la historia de la responsabilidad, debido a su incapacidad para hacer frente a la necesidad indemnizatoria de víctimas de ingentes daños.

Artículo 1501. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

ARTICULO 177. Efectividad de condenas contra entidades públicas. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.

El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

El Congreso, las Asambleas, los Concejos, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Municipales y Distritales, el Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender al pago de todas las condenas que haya relacionado el Ministerio Público.

Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

Artículo 26 ley 1164 2007. Acto propio de los profesionales de la salud. Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional. Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación, entendida como el conjunto concertado de acciones necesarias para tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales derivadas de su ejercicio, la cual debe desarrollarse teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) La actitud profesional responsable que permita la adopción de una conducta ética para mayor beneficio de los usuarios; b) La competencia profesional que asigne calidad en la atención prestada a los usuarios; c) El criterio de racionalización del gasto en salud dado que los recursos son bienes limitados y de beneficio social; d) El mantenimiento de la pertinencia clínica y uso racional de la tecnología con base en el autocontrol y la generación de prácticas y guías y/o protocolos de atención en salud comúnmente aceptadas; e) La actuación de las sociedades científicas, universidades, asociaciones de facultades, en la expedición de guías y normas de atención integral.

SENTENCIA 5 DE MARZO DE 1940 LIBORIO ESCALLON

El ejercicio de las profesiones liberales, que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su resolución y ejecución la responsabilidad civil del profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre éste y su cliente no están

circunscritas únicamente a una actuación pasajera y fugaz, sino que trascienden a la órbita más amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de esas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que está condicionada a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan por lo tanto el ejercicio honesto de dichas profesiones. La gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia grave hasta el estado doloso”.

SENTENCIA DEL 17 AGOSTO DEL 2000 EXPENDIENTE 27268

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Médico tratante. Condena por conducta negligente y descuidada / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Médico tratante. Conducta negligente y descuidada / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio médico. Muerte de feto / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Muerte de feto. Conducta negligente y descuidada de médico tratante / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Responsabilidad por actividad obstétrica La decisión tomada por el doctor (...) consistió en esperar al momento del parto para decidir la manera en que éste había de producirse, sin tomar medidas respecto de lo diagnosticado por quien le anteciedera (...) Para ésta Sala, el referido profesional de la salud tenía dentro de sus obligaciones la de corroborar mediante exámenes y procedimientos idóneos y pertinentes la veracidad de lo establecido por el doctor (...) y la continuidad de las circunstancias por él detectadas, para tener una base sólida que le permitiera tomar las decisiones adecuadas al caso concreto. Así las cosas, la referida falla en la prestación del servicio de salud no consistió en la omisión de la práctica de la cesárea, sino en la conducta descuidada y negligente del médico tratante al programar una cita abierta a la paciente, cuando ésta se encontraba entre las 38 y las 39 semanas de gestación y su feto tenía una probable circular de cordón umbilical en el cuello, puesto que dicha decisión permitió que el embarazo (...) culminara sin la adecuada supervisión sobre el estado de aquel. En conclusión, el daño antijurídico resulta atribuible fáctica y jurídicamente a la Clínica Las Peñitas Ltda. (...) ésta Sala entiende que en virtud del contrato No. 319 la Clínica Las Peñitas Ltda. fue contratada por el Instituto de Seguros Sociales para la prestación de los servicios de obstetricia y neonatología. Por ello, le asiste a dicha clínica la calidad de agente respecto del I.S.S. (...) no cabe duda de que al haberse producido el daño reclamado por los demandantes como consecuencia de una negligencia en la actuación del contratista del ISS, dicha entidad también debe concurrir a indemnizar solidariamente a los actores, comoquiera que el resultado lesivo le es imputable jurídicamente.

SENTENCIA T 518 DE 1998

Responsabilidad constitucional de las autoridades municipales por los riesgos a la vida y a la integridad personal que causan con ocasión de la realización de obras públicas.

Equidad en la aplicación concreta del derecho.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados

Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado,

Fundamentos

1. La demandante expone que las obras de nivelación de la carretera que conduce de Angelópolis a Caldas, efectuadas en 1988, afectaron su vivienda, en la medida en que ésta quedó a una altura de 2.90 metros sobre el nivel de la calle y la administración municipal no le construyó un muro de contención ni escaleras de acceso a la casa. Lo último a pesar de las reiteradas peticiones de la demandante en este sentido y de las promesas que le han formulado distintos alcaldes y concejales. Esta situación ha significado que la actora no tenga una vía segura de acceso a su casa, y que exista tanto el peligro de que el terreno se deslice como el de que ella o su nieta, de 63 y 5 años de edad, respectivamente, caigan a la calle. Estima que la actuación de la administración local amenaza sus derechos a la vida y a la vivienda digna.

2. El Juzgado Promiscuo Municipal de Angelópolis concedió la tutela del derecho a la vida y denegó la del derecho a la vivienda digna. Expone que tanto la altura del barranco que se encuentra al frente de la casa de la actora como el camino que utilizaban para acceder a la casa, por la parte de atrás, constituían un peligro real para la existencia de la demandante y de su nieta. Expresa que la actora no tiene otras vías judiciales para reclamar ante la administración, por cuanto ya caducó la respectiva acción contencioso administrativa. Ordena al municipio construir, en un término no superior a 6 meses, un muro de contención y escaleras de acceso a la vivienda.

3. El alcalde de Angelópolis impugnó la sentencia. Menciona que la perito que actuó durante la diligencia de inspección judicial precisó que, si bien sería recomendable la construcción del muro de contención, dada la altura del barranco, ello no era necesario, pues el terreno era firme. Afirma que el muro de contención no tiene la virtud de eliminar el peligro de la altura de la barranquera y que, además, el peligro para la vida de la actora y de su nieta no es inminente, como se colige del hecho de que no hubiera ocurrido nada en los nueve años transcurridos desde la culminación de la obra.

4. El juzgado penal del circuito de Titiribí revocó la sentencia en el aparte relacionado con la concesión de la tutela por violación del derecho a la vida. Expresa que, aun cuando es cierto que las obras tuvieron como consecuencia que la casa de la actora quedara a una altura considerable de la vía y que el acceso a la misma se hubiera dificultado, ello no implica necesariamente la existencia de un riesgo inminente para la vida. El hecho de que hubieran transcurrido tantos años sin que se reportaran accidentes demuestra que la amenaza no es real, sino que se ajusta a los riesgos propios e inevitables de la vida. Además, de acuerdo con el peritazgo, el barranco estaría en buenas condiciones y no amenaza desplazamientos.

7.-ESTADO DEL ARTE

En el año 408, se expidió en Roma la famosa Ley Aquilia, redactada por el pretor Aquilio, de donde viene su nombre y por lo que la responsabilidad civil extracontractual se suele llamar responsabilidad aquiliana, sin embargo, según destacados tratadistas, La mencionada ley, No consagró, cómo equivocadamente se ha pensado, el principio que “todo daño que cause perjuicio a otro debe ser indemnizado”

De acuerdo con la Ley Aquiliana, que se fundamenta en las teorías subjetivistas, a los perjudicados se les dificultaba acreditar la culpa, la intención del causante, para que le prosperara la reclamación, en virtud del factor subjetivo.

Corresponde a la escuela de derecho natural el mérito de desligar el planteamiento dogmático de la acción de reparación de daños, con lo establecido en el derecho romano.

La escuela del derecho natural, como corriente doctrinaria, se inicia con HUGO GROCIO, en la primera mitad del siglo XVII, sigue durante toda esa centuria con las tesis doctrinarias de SAMUEL PUFENDORFF y BARUCH ESPINOSA y para el siglo XVIII, con los pensamientos de CRISTIAN WOLF, TOMADIO y JUAN TEÓFILO HEINECCIO.

El fundamento filosófico de ésta escuela, como todos sabemos, consiste en afirmar que existe un derecho de la naturaleza que posee reglas universales y obligatorias, que regula la vida de los hombres. -Estos juristas trataron de encontrar en el derecho natural los fundamentos que explicarían la razón de todas las instituciones del derecho positivo, por lo que aparece por primera vez, el concepto de hecho ilícito, como generador de obligaciones.

Tradicionalmente se ha considerado que el fundamento de la responsabilidad era subjetivo y que radicaba en la culpa, por lo que a esta noción puede denominándosele clásica.

En los estudios realizados por MATAJA, en Alemania en 1888y ORLANDO, en Italia, en 1897, inicia vida el fundamento objetivo de la responsabilidad civil, pero fue SALEILLES y JOSSERAND, en 1897, quienes agitaron esas ideas en los países de sistema jurídico latino.

Todas estas teorías de la responsabilidad objetiva, tenían un común denominador: negar relevancia, a los efectos de la responsabilidad civil, a la noción de culpa, tal como fue planteada por la doctrina clásica.

Ahora se debe precisar que la evolución de la responsabilidad del estado en la historia de la humanidad ha ido cambiando constantemente de acuerdo a la forma de gobierno, en los gobiernos iniciales quienes tenían el poder de gobernar eran personas que imponían su voluntad y no había cabida para la responsabilidad, dichos gobernantes eran considerados divinidades o Dioses los cuales no se les podía refutar ninguna de sus acciones. “niegan de una u otra forma, que el Estado pueda lesionar a las personas,

y si acepta tal lesión, negaban la reparación del daño”²

Otro argumento utilizado para la falta de responsabilidad del Estado frente a los ciudadanos fue la religión, donde el rey era un ser utilizado por Dios y por lo tanto no se discutía su actuar, como diría MANUEL URETRA En los Seis Libros de la Republica “el soberano solo rinde cuentas a Dios, con lleva imperiosamente a la conclusión que el Estado es irresponsable frente a sus actos y en relación a sus ciudadanos”³

Si tomáramos las etapas de como los Estados tomaron la idea de tener que responder por su acciones u omisiones la primera sería la irresponsabilidad del Estado, en la cual, no responde por ninguna de sus acciones “el Estado es incapaz de ver con buenos ojos que desembolsillo unos cuantos pesos para entregárselos a un ciudadano que ha resultado lesionado de una actividad estatal, ya que el patrimonio estatal se confunde con el del monarca”⁴

“El Estado evitaba involucrase en la prestación de servicios y en general no interviene en la economía, ni en la vida social de sus asociados, es un Estado con pocas oportunidades de generar lesiones a las personas, en cambio, un Estado interventor, y por lo mismo prestador de servicios a la comunidad, está más expuesto a daños a las personas o a sus bienes”⁵

Estos tipos de Estados primitivos se dieron hasta la edad media, luego de la revolución francesa, cambió la forma en que el gobernante debía llevar su poder, pues empezó a emanar del propio pueblo. De ahí se inició una evolución que permitió hacer responsable al Estado de sus actos debido a la variación de su organización, “de la comprensión del concepto de soberanía y del respeto de las autoridades públicas por la propiedad privada, en general por el respeto de los derechos fundamentales de las personas humana como tal”⁶

El Estado en su estructura y en su forma de hacerse responsable de su actuar u omisión ha venido en un cambio, hasta el punto de admitir que las personas tienen unos derechos y que, si dichos derechos son lesionados por el Estado, al igual que cualquier otra persona deberá responder, sobre todo con la revolución francesa y luego de la segunda guerra mundial donde los derechos humanos sobrepasaron la idea de un Estado autoritario, el cual era irresponsable de su actuar

En cuanto al contexto internacional la responsabilidad patrimonial de los Estados luego de la revolución francesa en 1789 se puede entender en el mundo del derecho que el Estado era responsable de sus actuaciones y con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano se pudo consignar lo siguiente

² PARRA GUTIERREZ, William Rene. Responsabilidad patrimonial estatal daño antijurídico. Bogotá: Universidad autónoma de Colombia, 2004. p. 21

³ *Ibíd.* p. 16

⁴ *Ibíd.* p. 17

⁵ *Ibíd.* p. 21

⁶ *Ibíd.* p. 16

El olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”

Artículo 2 el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles para el hombre, a saber: la libertad, la seguridad, la propiedad y la resistencia a la opresión.

Artículo 16 la sociedad en que no están afianzados los derechos ni determinada la separación de los poderes, no está constituida.”

Artículo 17 siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, no puede privarse de él a nadie, sino cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, justificada por los medios legales, y previa una indemnización equitativa⁷

Con la declaración de los derechos humanos cambió la forma de ver como se protegen los derechos del hombre, pues al determinar un cuidado sobre el derecho a la propiedad, libertad y la seguridad se permitió que el Estado tuviera que restaurar los daños ejercidos por su actuar u omitir, siendo el abanderado el artículo 17º porque en él, claramente se acepta que el perjuicio ocasionado por el debe ser indemnizado de manera equitativa.

Luego de la llegada de la declaración de los derechos humanos se pudo llegar a un nuevo inicio, donde la soberanía del Estado ya no era absoluta y por lo tanto se empezaron a fijar límites que permitían generar perjuicios que debían ser indemnizados.

En cuanto a un caso concreto, que expresara en la jurisprudencia la responsabilidad del estado fue en el fallo Blanco en 1873 en el cual permitió hablar que el Estado tiene una gestión pública y por ende debe responder con una jurisdicción especial fuera de la ordinaria para hacer así responsable al Estado de sus actuaciones permitiendo dar paso al derecho administrativo.

Lo anterior generó una evolución respecto a la responsabilidad del Estado, logrando que conflictos entre el Estado y los particulares pudieran ser resueltos de igual manera el fallo Cadot y Terrier en 1889 y 1903 respectivamente, aquellos permitieron afianzar el pensamiento, que el Estado debe responder por sus actuaciones y que estas deben ser objeto de revisión por parte del Consejo de Estado el cual permitiría la sujeción estricta al principio de legalidad, fallos sin vicios y en igualdad entre el particular y el Estado

En cuanto a la evolución que ha tenido la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, este ha variado en su manera de ver, pasando de la ausencia de responsabilidad hasta crearse un órgano judicial especializado para el conocimiento de dichos casos. Por ello se han dividido por etapas la evolución de la responsabilidad Estatal en Colombia.

1) Irresponsabilidad patrimonial del Estado colombiano

⁷ Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789

2) responsabilidad indirecta

3) responsabilidad directa

1, IRRESPONSABILIDAD EN COLOMBIA

“Antes del descubrimiento de América no existía un régimen de responsabilidad patrimonial, aunque ella era sustituida por lo que ahora empieza a plantearse como la solidaridad social, y que guardada las proporciones, hoy en día constituirá la llamada seguridad social”⁸

Dentro del régimen laboral La legislación aplicable en Colombia era la española, con un estado feudal y colonialista, por lo cual nunca se aceptó la responsabilidad patrimonial del Estado, “hasta el día de la independencia en 1810 donde se pudo instaurar la expropiación con indemnización tomado de la declaración de los derechos del hombre y ciudadano de 1789, pasando el Estado colombiano a ser un modelo liberal clásico”⁹

En Colombia poco a poco se fue evolucionando respecto al tema de responsabilidad patrimonial del Estado, acogiendo teorías como la división de los poderes, aunque como lo hubo después de la revolución francesa también existió cierta incertidumbre hasta donde podía el juez inmiscuirse en asuntos resueltos por otras ramas, por ello, era complejo establecer un régimen de responsabilidad, algo que también terminó afectando de cierta manera a Colombia después de su independencia.

2 RESPONSABILIDAD INDIRECTA

“La responsabilidad indirecta fue la que inicialmente se reconoció en relación con las personas jurídicas, tanto de orden privado como público. Su fundamento radicaba en la culpa cometida por los funcionarios o subalternos de la persona jurídica cuando causaban daños a terceros en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas”¹⁰

La responsabilidad entre los particulares se volvió la base para después aplicarla a la responsabilidad estatal, por ello fue de gran importancia los artículos del código civil que regulaban la responsabilidad entre particulares, como por ejemplo el artículo 2349 que trata de la responsabilidad de los empleadores sobre sus empleados, misma tesis utilizada en la responsabilidad indirecta, donde el Estado debía responder por los daños causados por los servidores públicos a su cargo, pues es deber del Estado ser cuidadoso en su elección y vigilancia.

“Esta responsabilidad se basó, en la culpa cometida por dependientes o servidores públicos, en el evento que causaran daño a terceras personas en el despliegue del ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas.”¹¹

⁸ PARRA. Op. Cit., p. 24

⁹ Ibíd. p. 26

¹⁰ Rodríguez, Libardo, Derecho administrativo general y colombiano, Bogotá, Ed. Temis, 2005, p. 461

¹¹ PEREZ VILLA, Jorge. Responsabilidad estatal y acción de repetición. Bogotá: Leyer, 2003. p. 8

3. RESPONSABILIDAD DIRECTA

Esta responsabilidad tiene como base la culpa por parte del Estado sin importar si hubo o no diligencia por parte de este en el cuidado y escogencia de sus servidores, es decir que cualquier daño antijurídico generado por cualquier órgano del Estado deberá ser resarcido, entendiendo como órgano “ la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines que se dedica la persona jurídica, por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines colectivos de la persona jurídica (estado), siendo parte integrante de su existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica”¹²

En cuanto a la responsabilidad directa, se puede decir, que “esta emana de las fuertes críticas que se hicieran a la responsabilidad indirecta, como fueron, por ejemplo, que no eran aplicables al Estado las nociones de culpa in eligendo y culpa in vigilando, en razón que el Estado, no era autónomo en su momento determinado de escoger sus agentes, debido que muchos de estos se imponían. También se dijo, que no era razonable, que el Estado, pudiese ejercer una completa y absoluta vigilancia sobre sus agentes entre otros” ¹³(Perez,2003, p.9)

Ambas responsabilidades se fundamentan en el código civil, aunque cada una en artículos diferentes, la responsabilidad directa se basa en el artículo 2341 que trata sobre la responsabilidad sin la necesidad de el dolo o la culpa, pues lo importante es que se haya generado un daño, cosa distinta de la responsabilidad indirecta donde lo que se castiga es el no cuidado de elección y supervisión de sus servidores.

La responsabilidad directa constituye un enlace o entrelace con sus dependientes o servidores públicos en unidad, por lo que la “culpa personal de un agente o de sus agentes, cualquiera que estos sean es su propia culpa”.¹⁴

¿Cuál es la evolución de la responsabilidad directa e indirecta en Colombia?

A finales del siglo XIX que se pudo desarrollar la responsabilidad por parte del Estado, estableciendo la Corte Suprema de Justicia que “todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputables a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes.”¹⁵

En sus inicios no se sabía cómo debía aplicarse la responsabilidad patrimonial del Estado, en su momento fue la Corte Suprema de Justicia quien tomo las decisiones por medio de los artículos 2347 y 2349 del código civil, basando sus decisiones sobre la

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 28 de febrero de 1958

¹³ PEREZ. Op. Cit., p. 9.

¹⁴ Ibíd. p. 9

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre de 1896

responsabilidad estatal en su no actuar diligente de elegir y vigilar a sus servidores, por tanto, en ese momento se aplicaba era la responsabilidad indirecta.

“La Corte Suprema de Justicia a partir del año de 1939 señaló que la responsabilidad patrimonial del Estado era una responsabilidad directa, fundada en el artículo 2341 del código civil y por tanto, de naturaleza subjetiva, separando así la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado de la responsabilidad de las de derecho público”.¹⁶

Desde 1947, el Consejo de Estado empezó a apartarse de las normas del código civil en cuanto al tema de responsabilidad estatal al empezar a aplicar la ley 167 el cual le permitía hacer responsable al estado en los casos que lesionara los derechos de sus administrados.¹⁷

En Sentencia de septiembre 30 de 1960, el Consejo de Estado se refiere a la separación definitiva de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad del Estado y aboga por la aplicación de normas de derecho público. Sostuvo que:

La responsabilidad del Estado no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la ley de los principios y doctrina del derecho administrativo, en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos los fines perseguidos y el plano en que se encuentran regulados.

La anterior afirmación es sostenida dada la materia especial que regula el derecho administrativo, diferente a la tratada en el derecho civil: las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares y administrados que tienen por objeto la satisfacción de las necesidades de la comunidad y gozan de especiales prerrogativas para lograr sus fines.

La posición del Consejo de Estado adquirió mayor solidez con la expedición del Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo, que incluyó disposiciones en materia de responsabilidad del Estado y de los funcionarios por daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones que les sean imputables a título de dolo o culpa grave, y se consagró la llamada “acumulación de responsabilidades” que permite demandar en forma conjunta a la entidad pública y al funcionario para obtener la indemnización de perjuicios, todo ello acogiendo lineamientos doctrinales y jurisprudenciales. El Consejo de Estado funda

¹⁶ ARMENTA ARIZA, Angélica María. El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación, 2008. p. 93

¹⁷ Dice ley 167 de 1941 artículo 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 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 a la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes

la responsabilidad del Estado en que “todo perjuicio emanado del Estado debe ser reparado, ya que constituye una violación a la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas”.

En Sentencia de octubre 28 de 1976, se sostuvo que la responsabilidad extracontractual de la Administración “encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente en las que conforman el Título Tercero de dicho estatuto que trata de los derechos civiles y garantías sociales, constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la Nación como Estado de Derecho”.

Siguió después el abandono de las reglas contenidas en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil como base de la responsabilidad aquiliana del Estado y el afianzamiento en su reemplazo de la figura de la falla del servicio.

En Sentencia de mayo 5 de 1978, sostuvo el Consejo de Estado que “cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada Falta o Falla de la Administración, trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos u operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado”.

En el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la falla del servicio como fundamento de la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia tiene elementos estructurales similares. Existen puntos de contacto como la sustitución de la culpa individual por la culpa anónima; la presunción de la culpa cuando el servicio no funciona, funciona mal o en forma tardía; la necesidad de probar como presupuesto de la responsabilidad la actuación administrativa, el daño y la relación o nexo causal; y los medios con los que cuenta la administración para exonerarse de culpa.

El Consejo de Estado, durante más de veinte años, reafirmó la noción de falla de servicio como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, cobijando con esta teoría todos los eventos en los que la Administración incurría en falta, retardo u omisión en el desarrollo de sus funciones. Sin embargo, dado que no todos los casos en los que se reclamaba el resarcimiento de los perjuicios por la acción u omisión podían ser reconocidos bajo este régimen de responsabilidad, empezó esta Corporación a formular alternativas y así desarrolló regímenes especiales como la responsabilidad que tiende hacia la responsabilidad objetiva, con prescindencia del elemento culpa, como por ejemplo: el riesgo excepcional, la responsabilidad por daño especial y los regímenes en los que no era posible probar la falla del servicio o en los que sin haber falla se producía un perjuicio que no tenía por qué soportar

CAPITULO III

8. MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

En Colombia, el artículo 90 no restringe la responsabilidad patrimonial al campo

extracontractual, sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte Constitucional no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.¹⁸

De acuerdo a lo anterior podemos concluir que la responsabilidad puede generarse en dos modalidades, ya sea contractual o extracontractual incluso afirma en la sentencia mencionada que cabe en la parte precontractual, esto haciendo claridad que no todos los regímenes de responsabilidad patrimonial sean iguales, pues cada régimen es independiente aunque en ambos puedan darse en el campo contractual o extracontractual, de esta manera el régimen subjetivo puede exigir la culpa mientras en el objetivo no es necesario dicho elemento, aunque ambos puedan encajar el daño antijurídico bajo su régimen no los hace necesariamente iguales

9. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD

9.1 REGIMEN SUBJETIVO

Una de las bases del régimen de responsabilidad subjetiva es el artículo 2341 del código civil que dice: 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 imponga por la culpa o el delito cometido.

Este sistema o régimen subjetivo, tiene su particularidad redonda en que están fundados en el postulado filosófico de la culpa, y en ese sentido, la acreditación de una conducta negligente constituye una *condictio sine qua non* para la completa estructuración del esquema de responsabilidad civil extracontractual; esta dimensión de la responsabilidad, a su turno, se lleva a concreción en dos regímenes puntuales, a saber: en primer término, el régimen de responsabilidad por culpa probada, consistente en que la acreditación de la culpa no está dada de antemano, sino que ha de ser acreditada por quien la alegue; y, de otro lado, el régimen de responsabilidad de culpa presunta, de conformidad con el cual, el actor, no tiene que acreditar la culpa, porque la conducta negligente se colige del *factum traído a colación* –v.gr. la tenencia de un animal fiero que no reporta utilidad para la vigilancia de un predio-, ahora, si bien la culpa es objeto de una presunción, ello no es óbice para entender que no haga parte del esquema de responsabilidad, porque sigue siendo el punto de inflexión del mismo.

El régimen de responsabilidad subjetiva radica en la conducta del autor por cuanto abra de predicarse de ella una intención o conducta de carácter doloso o culposo que se materialice en un daño, siendo este último como causa del primero (nexo causal). Lo anterior significa

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 333 del 1 de agosto de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

que con el solo daño no se puede hacer responsable al Estado, sino debe haber un fallo en el servicio derivado de un actuar doloso o culposo donde en conjunto se desemboque en lo que llamamos responsabilidad subjetiva

Elementos del régimen subjetivo

- Daño
- Conducta dolosa o culposa:
- Nexo causal

De los elementos que ocupa mayor relevancia en el estudio de esta clase de regímenes es el dolo y la culpa, siendo el dolo del origen latín que significa fraude o engaño, incluso el artículo 1515 del código civil colombiano hace mención al dolo para referir a la acción de perjuicios procedente contra quien lo ha fraguado y se ha aprovechado de él. El dolo debe entenderse como la intención de causar el perjuicio o de sacar provecho de una determinada situación en cambio la culpa, aunque también se genere un daño como en el dolo, en este caso ese perjuicio no se hizo con la intención de generarlo sino por descuido y negligencia se generó dicho daño. Los tres elementos van conectados entre si porque es necesario en primera medida un daño y que este sea imputable al Estado por una conducta dolosa o culposa pero estos elementos no tendrían sentido si no hay un nexo causal que permita saber que el daño derivó de la conducta del Estado, así de esta manera se puede establecer la responsabilidad dentro del régimen subjetivo.

El funcionamiento anormal del servicio es uno de los bastiones del régimen subjetivo, o sea la culpa o dolo de un funcionario que en su actuar generó un daño, al decir un comportamiento anormal no quiere decir que sea ilegal su actuar, sino que fue desempeñado de una manera inadecuada la prestación de los servicios y de ahí que se generen unos perjuicios que deberá reparar el Estado.

En yuxtaposición, existen los sistemas de responsabilidad subjetiva, cuya particularidad redundante en que están fundados en el postulado filosófico de la culpa, y en ese sentido, la acreditación de una conducta negligente constituye una *condictio sine qua non* para la completa estructuración del esquema de responsabilidad civil extracontractual; esta dimensión de la responsabilidad, a su turno, se lleva a concreción en dos regímenes puntuales, a saber: en primer término, el régimen de responsabilidad por culpa probada, consistente en que la acreditación de la culpa no está dada de antemano, sino que ha de ser acreditada por quien la alegue; y, de otro lado, el régimen de responsabilidad de culpa presunta, de conformidad con el cual, el actor, no tiene que acreditar la culpa, porque la conducta negligente se colige del *factum* traído a colación –v.gr. la tenencia de un animal fiero que no reporta utilidad para la vigilancia de un predio-, ahora, si bien la culpa es objeto de una presunción, ello no es óbice para entender que no haga parte del esquema de responsabilidad, porque sigue siendo el punto de inflexión del mismo

9.1.1 Títulos de imputación.

1) Falla del servicio o Falla probada del servicio

Este tipo de falla como su nombre lo dice es en la prestación de un servicio, el cual debe

ser a cargo del Estado colombiano, el cual no cumple, es defectuoso o se da de manera tardía, correspondiendo esta falla en el régimen de responsabilidad subjetiva, dichas irregularidades que generen daños pueden ser imputables al Estado.

La falla en el servicio se puede dar por distintos aspectos, uno de ellos es la falla por retardo, como su nombre lo dice es por su retardo en su actuar el que genera el daño, el Consejo de Estado sección tercera señala los siguientes elementos para configurar la falla administrativa derivada por el retardo

1) La existencia para la administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios.

2) El incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso

3) Un daño o sea una lesión real y evaluable económicamente de un derecho o bien jurídico

4) Relación causal entre la demora y el daño ¹⁹(Ruiz,2013, p.2)

Con los elementos anteriormente planteados se deja claro que con el solo retardo de la administración no hay una falla en el servicio, pues esta debe configurar el daño, la conducta y el nexo causal, aunque estas podrían al final no tener relevación si existe una causa de eximente de responsabilidad

Otra manera de generarse falla en el servicio es por la omisión en la prestación del mismo, en este caso no es que la administración realice tarde sus deberes, sino que hay una absoluta ausencia de acción por parte del Estado, incumpliendo las funciones que legalmente están determinadas a realizar, generando un daño por su omisión injustificada y haciendo así responsable al Estado por falla del servicio.

En la sentencia 038 de 1 de febrero de 2006 hablan de dos tipos de omisión:

Absoluta: el legislador ante su obligación constitucional de regular una situación específica decide tomar una postura de total inactividad, aunque no es metodológicamente posible pues no existe una norma real que permita dicho control, y en algunos momentos el silencio del legislador es una expresión de su voluntad

Relativa: la actividad del legislador, pero de forma incompleta, dado que al regular una situación determinada este omite un supuesto de hecho al momento de crear la norma, en este caso la corte si se ha declarado competente pues estas tienen efectos jurídicos

¹⁹ RUIZ. Op. Cit., p. 2

susceptibles de presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores.

Para haber un examen de constitucionalidad por omisión legislativa relativa debe haber un juicio de inexequibilidad y una consecuencia jurídica a partir de una visión global del su contenido

La corte constitucional establece que solo pueden demandarse omisiones relativas basado:

1) No es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en casos de omisión absoluta por carencia de norma susceptible de control 2) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el acto o implícito 3) La declaración de inexequibilidad total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la constitución.²⁰

En conclusión, es de manera primordial que exista un texto a la hora de hablar de una omisión, pues la única omisión que tiene en cuenta la corte es la relativa, pues solo puede pronunciarse sobre normas que sean inconstitucionales y por ello solo puede proferir sentencias integradoras las cuales pueden subsanar una omisión constitucional

Para prosperar un examen de inconstitucionalidad debe cumplirse las siguientes condiciones: 1) el juicio de inexequibilidad requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión 2) la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido permita que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el textos legal con los mandatos de la carta fundamental.²¹

También la falla del servicio se puede dar en el caso que el Estado actuara de manera defectuosa, en esta situación pudo haber actuado en el tiempo correcto pero lo que genera el fallo es su defectuoso funcionamiento, generando así una mala prestación del servicio por parte del Estado

2) Falla Presunta

En estos casos la responsabilidad de acuerdo a la teoría de la carga dinámica de la prueba, el responsable de aportar las pruebas es el demandando, el cual debe desvirtuar una falla que presuntamente existe. En este tipo de falla no es que el demandante se exonere de aportar pruebas, sino que no tiene que asumir la prueba de la falla del servicio, pero si debe demostrar el hecho dañoso y la relación con la falla del servicio.

Como es presunta la falla del servicio, el Estado puede desvirtuarla atacando la premisa que sustente la demanda a través de los medios pertinentes de prueba, haciendo entender

²⁰ RUIZ. Op. Cit., p. 285

²¹ RUIZ. Op. Cit., p. 286

al juez que actuó de manera diligente y con cuidado.

Existen casos donde existe una falla del servicio o presunta, pero se desconoce quien haya realizado el hecho dañoso, en estos casos se habla de una falla anónima, la cual se da al no poderse determinarse la identidad del agente.

9.2 REGIMEN OBJETIVO

Este tipo de responsabilidad a diferencia de la responsabilidad subjetiva no necesita del elemento culpa o dolo, pues con el solo daño antijurídico basta para que el Estado deba repararlo, ya que si se determina que el Estado produjo un daño antijurídico y este le es imputable al Estado teniendo un nexo causal entre el hecho y el daño este deberá repararlo, existen dentro de este régimen dos títulos de imputación el daño especial y el riesgo excepcional teniendo ambas como requisito el darse el daño antijurídico.

Respecto a la responsabilidad objetiva se tiende a creer que empieza aplicar desde la constitución de 1991 por medio del artículo 90 de la constitución y aunque de cierta manera es cierto que se hizo más fácil esta responsabilidad con la nueva constitución, también es verdad que antes ya la jurisprudencia nos permitía aplicarla.

Este tipo de responsabilidad se ha implementado de manera subsidiaria a la subjetiva, pues son mas los casos que encajan bajo la culpa y la mala prestación del servicio, esto no quiere decir que con el solo daño hay responsabilidad, puesto que es necesario otros elementos diferentes a la culpa, como lo es el daño antijurídico y que este le sea imputable al Estado

Casos de responsabilidad objetiva antes de la constitución de 1991: La sentencia del 29 julio de 1947 del Consejo De trataba sobre los prejuicios a los derecho del periódico El SIGLO, en un Estado de alteración del orden público se procedió a intervenir los periódicos y revistas de BOGOTA de acuerdo al Consejo De Estado Por medio del gobierno provisional de la nación por conducto del Directo general de la policía durante él está de turbación del orden decretado el 10 de julio de 1944 se hizo revisión de todo el material impreso destinado a la publicidad en las redacción de los periódicos de Bogotá, en dicha resolución no está figurado el periódico el siglo también se ordenó la no prestación de energía y telefonía a dicho periódico y prohibió la policía nacional la entrada y salida de personas haciendo imposible las actividades del periódico el siglo.²²

Determinó la corporación que dicho daño al periódico estaba en las facultades del presidente, pero no por ello no debería escaparse de su responsabilidad, pues había generado un daño especial sin importar que estuviera actuando legalmente

Otro de los fallos que permiten ver que se aplicaba la responsabilidad objetiva antes de la constitución del 91 fue el fallo de 23 de mayo de 1973 donde se demandó al Estado por destruir la una casa en Bogotá por parte del ejército nacional con motivo de capturar al señor Efraín González por lo que se pidió que debía pagarse los daños generados por el

²²RUIZ. Op. Cit., p. 12

Estado sin el deber del asociado de soportar dicha carga sin importar que el ejército estuviera actuando legalmente y en busca de la captura de un delincuente, en este caso la sala no hablo de una falla del servicio porque no hubo una falla del servicio sino que hubo un perjuicio a un tercero el cual debía ser indemnizado.²³

Y otros más como el fallo del Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera fallo de julio 28 de 1987 C.P: Carlos Betancur Jaramillo que trataban sobre la destrucción de una residencia y la sentencia del 30 de enero de 1987 en el que se demandó por daños ocasionados por la construcción de un puente vial elevado.²⁴

Los anteriores fallos nos permiten concluir que el Consejo de Estado ya venía por medio de la jurisprudencia aplicando la responsabilidad objetiva, donde no se miraba la falla del servicio sino el daño como tal, el cual debía ser reparado así el Estado actuara legítimamente.

Elementos del régimen objetivo:

- Daño antijurídico
- imputabilidad al Estado (nexo causal)

“El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Carta Política y de los antecedentes de la norma permite determinar los elementos centrales de este concepto”.²⁵

Debe entenderse que el régimen objetivo obtiene la fuente de su responsabilidad por medio del daño antijurídico, no entendiendo como una conducta por fuera de la legalidad, sino quien recibe el perjuicio no está en el deber de soportarlo por lo cual se hace indemnizable. De igual manera no todo perjuicio debe ser indemnizado porque no todos tiene la calidad de antijurídico, y tampoco todos los daños están por fuera de las causales de eximente de responsabilidad, por lo que cada caso es especial y debe ser estudiado con deteniendo

En este régimen a diferencia del subjetivo no se tiene en cuenta la conducta dolosa o culposa, sino se tiene en cuenta es el daño antijurídico o sea los daños ocasionados al asociado sin tener este el deber jurídico de soportarlo, si a esto le sumamos un nexo causal entre el daño y los hechos que lo genera, se podría hablar de responsabilidad objetiva

La constitución de 1991 buscó lograr un acuerdo entre todas las personas con sus diferentes pensamientos y donde lo social fuera la parte primordial, esto con el fin de buscar facilidades entre la relaciones de los colombianos y una justicia social, por esta razón esta nueva constitución amplio el espectro de responsabilidad por parte del Estado, por medio

²³ RUIZ. Op. Cit., p. 14

²⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera, Sentencia del 28 de julio de 1987, exp.4987, Concejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C 333 del 1 de Agosto de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

del artículo 90 de la constitución se estableció la responsabilidad del Estado por lo daños antijurídicos que le sean a este imputables, dejando a un lado el requisito de la culpabilidad y permitiendo así más posibilidades de hacer responsable al Estado por su actuar.

Para generarse un daño antijurídico no es necesario que se trate de un derecho consolidado, pues basta que el administrado no tenga el deber de soportar el daño para que el Estado responda, en ese sentido se entiende que derechos no materializados pueden llegar a situaciones que el juez considere indemnizables, como, por ejemplo, expectativas legítimas y Estado de confianza.

Antes del régimen objetivo se trató el régimen subjetivo los cuales en la actualidad conviven y se aplican de acuerdo al determinado caso, luego de la constitución de 1991 se afianzo la responsabilidad objetiva sobre todo por medio de los fallos de las altas cortes que se basan el en artículo 90 de la constitución utilizando la palabra daño antijurídico

Con la llegada del régimen objetivo no se desechó lo alcanzado con el régimen subjetivo sino en una sabia decisión del consejo de Estado y la corte constitucional llegaron a la conclusión que ambos se podían aplicar siendo más excepcional los casos del régimen objetivo

9.2.1 títulos de imputación en el régimen objetivo.

1. Daño especial

Esta teoría tiene como principio básico el derecho de los ciudadanos de tener igualdad frente a las cargas públicas, en el cual mientras un ciudadano soporte las mismas cargas que los demás, no habría ningún daño que reparar a menos que tenga una carga especial, la cual debería ser reparada por el estado. O sea lo que se mira es que las cargas que se deben asimilar entre todos deba ser igual, basado en un derecho colectivo donde todos asumimos las misma cargas sin tener que ser indemnizados a menos que el legislador diga lo contrario, por ello para ser indemnizado es necesario que se dé un caso especial donde se sufra un daño por fuera de lo normal, teniendo la administración que indemnizar dicho sacrificio que se realizó en pro de la sociedad para así restablecer la igualdad entre las cargas públicas.

García Oviedo dice respecto al tema.

“Tratase, de un principio justo que parte, en las colisiones de intereses, del predominio del interés colectivo, predominio que autoriza a la administración a imponer a un ciudadano un sacrificio especial, limitado por la regla de justicia de que la colectividad temple este rigor compensando al particular el daño por éste recibido”.²⁶

Causales para que se configure el daño especial:

- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma

²⁶ GARCIA OVIEDO citado en el fallo de 29 julio de 1947 del Consejo de Estado CP: Gustavo A. Valbuena

Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.
- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

“En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios.²⁷”

2. Riesgo excepcional

El riesgo excepcional es otro de los títulos de imputación del régimen objetivo, el cual se genera en los eventos donde existe una actividad peligrosa, en casos como el uso de armas de fuego, vehículos automotores, manejo de redes eléctrica etc. Todas estas actividades implican un riesgo y por ello podrían acarrear una responsabilidad por sus cualidades

La teoría del riesgo excepcional se puede dar en tres campos que son: actividad peligrosa, obra pública o manejo de la energía eléctrica.

En decisión del 2 de febrero de 1984 del consejo de Estado del consejero doctor Eduardo Suescun al resolver una reclamación por daños a las redes eléctrica y ver que no se podía aplicar la falla del servicio este argumento lo siguiente:

El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra o servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia del servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.²⁸

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, Sentencia del 2 de Febrero de 1984, Consejero Ponente: Eduardo Suescun

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, Sentencia del 2 de

9.2.2 Diferencia entre daño especial y el riesgo excepcional.

Los dos regímenes tratan el principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas, pero “en el riesgo excepcional, el título de imputación del daño al Estado será el riesgo, de modo que el daño sufrido surge de la actividad riesgosa; en cambio el daño especial, será directamente la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas de modo que la antijuricidad del daño, dependerá exclusivamente de tal desequilibrio y que deberá tener las características de anormalidad y especialidad”²⁹

En conclusión, su mayor diferencia es la necesidad de actividades peligrosas para configurarse el riesgo excepcional en cambio con el daño especial solo debe existir un desequilibrio de las cargas públicas para que pueda generarse un daño susceptible de ser reparado.

9.2.3 Causa extraña- eximentes de responsabilidad

En general se pueden hablar de tres casuales de exoneración que son la fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima, pero dichas eximentes no operan de la misma manera en todos los casos de responsabilidad, por lo tanto, es distinto la aplicación de eximente entre la falla del servicio o de un título de imputación objetivo

De acuerdo a sentencia del 2 de febrero de 1984 dice:

Y es que la distinción entre la fuerza y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al paso que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuando, precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado. Si bien la causa desconocida demuestra la ocurrencia de culpa del demandado, por no serle exterior, no suprime la imputabilidad del daño³⁰

Causales de eximente en el régimen subjetivo (falla del servicio)

De acuerdo a la jurisprudencia este tipo de falla se da con la omisión, retardo o defectuoso servicio de una obligación que le corresponde al Estado, pero dicha responsabilidad de acuerdo a la sentencia del 8 de junio de 2011 del consejo de Estado dice:

“La entidad pública demandada solo podrá exonerarse de la declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los que se encontraba obligada o si, demuestra que medió una causa extraña como fuerza mayor, el hecho exclusivo y

²⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 23 de octubre de 2003, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra

³⁰ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Leyer Ltda., primera edición, p. 72 – 80

determinante de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero”.³¹

En los casos de falla presunta, todas las causales de eximente de responsabilidad los exime, excepto en los casos de caso fortuito.

El régimen objetivo a diferencia del anterior visto es que no es necesaria la culpa, pues la responsabilidad se presume, de esta manera el elemento que busca romper es el nexo causal, por medio de un elemento ajeno a la entidad demandada, sin mirar si actuó de manera debida o no. En ese sentido el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima son eximentes de responsabilidad, pero la duda queda es en el caso de fuerza mayor o caso fortuito, en estos casos debe tenerse en cuenta que cuando se habla de caso fortuito son aspectos internos de la entidad que genero un daño, en esos casos no se puede hablar de eximente a diferencia de la fuerza mayor el cual es un elemento externo a la entidad y por ello se puede configurar como causal de eximente

10. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

En Francia, el Tribunal de Conflictos reconoce por primera vez la autonomía de la responsabilidad del Estado, no regida por normas contenidas en el Código Civil aplicables a las relaciones entre los particulares, sino a través de reglas especiales, cuya elaboración correspondía al juez administrativo a través del famoso Fallo Blanco, considerado como la piedra angular de todo el derecho administrativo

En el Fallo Blanco, se declaró que “la responsabilidad que puede incumbirle al Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de los hechos de las personas que emplea para el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares”³²

Si bien el Fallo Blanco proclama la autonomía de la responsabilidad del Estado, esta se estructuró sobre el elemento de culpa como se había venido haciendo en la responsabilidad civil de los particulares. Para imputar responsabilidad al Estado, era necesario demostrar la existencia de la culpa, demostrar que el perjuicio sufrido por la víctima era causado por un error de conducta imputable al Estado.

A partir de Fallo Blanco, se consagró la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera estatuida en una ley o fuera consecuencia de su actividad de poder o de gestión en la falla del servicio público. El Estado es responsable cuando se ha excedido en el ejercicio de sus poderes legales o cuando la prestación del servicio público ha sido defectuosa. Aparece la noción de servicio público como función principal del Estado, y se presenta su responsabilidad cuando el servicio no se ha prestado, se ha prestado mal o su funcionamiento ha sido tardío, inadecuado o defectuoso.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del 2 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero

³² Lucas A. Piaggio. LA potestAD regLAmEntAriA De LA ADmiNistrACióN eN uN recieNte fALLo De LA corte supremA De JusticiA De LA NAción. Buenos Aires: Thomas Reuters. (2019).

Ya en el ámbito nacional, podemos decir que todos somos responsables de nuestro hacer o no hacer, así, para tener claro si somos o no responsables, debemos acudir a la ley y la constitución quienes nos dictaran las pautas del debido actuar, normatividad basada en la razón y en el bien de la sociedad.

Por ello es menester tener en cuenta el fundamento Constitucional para hablar de responsabilidad extracontractual del Estado y de igual manera no olvidar los principios y reglas que contiene nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque existan derechos que son inherentes al hombre, estos devienen de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, ahí, la importancia del derecho positivo en dejar establecidas las circunstancias que definen la figura del daño, pues en nuestra Constitución se dejan plasmados valores, principios y reglas que deben respetarse.

El sistema jurídico Colombiano nos ilustra el derrotero para entender cuando existe una responsabilidad patrimonial atribuible al Estado Colombiano, con la constitución del 91, en su carácter de Norma de normas, se dieron grandes avances para dejar claro que existe una responsabilidad, sin importar su calidad dominante en las relaciones público-privadas, como reza el artículo 90º en concordancia con el artículo 4º El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Se deja claro entonces, cuando hay una responsabilidad por parte del Estado en la reparación de los derechos lesionados

11. FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

El artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo. Esta es la fuente formal: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMIBIA - ARTICULO 90 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO.

En la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. (...) En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”. (...) Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que

lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”. (...) Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Podemos distinguir las siguientes fuentes:

Cláusula General de Responsabilidad o responsabilidad por el daño antijurídico. Sus elementos centrales son el daño antijurídico y la imputación al Estado.

A. Régimen de Responsabilidad Subjetiva. Es la llamada Culpa, Falta o Falla del servicio.

Se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado en forma tardía. Se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público.

Hay 2 modalidades:

Falla probada del servicio: el actor debe probar cada uno de los elementos o requisitos de la responsabilidad del Estado: El hecho, la culpa y la relación o nexo causal

Falla presunta del servicio. Su fundamento se dio en consideración a que el Estado para el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes, realiza actividades peligrosas que implican riesgos para los administrados, siendo susceptibles de causar daños.

La falla del servicio no se debe probar, se presume.

Este régimen solo se aplica a “los daños ocasionados en la prestación defectuosa de los servicios de salud por parte de los profesionales e instituciones médicas oficiales”.

B. Régimen de Responsabilidad Objetiva o sin Falla o sin Culpa.

En este tipo de responsabilidad no entra en juego la falla del servicio. Se debe probar: El hecho y el perjuicio causado por el hecho

12. NATURALEZA DE LOS DERECHOS EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

Tiene como objetivo principal cubrir los daños y perjuicios que el asegurado cause en los bienes (daños materiales) o la salud (daños personales) de un tercero.

La doctrina comparada habla de que el objeto de las acciones de grupo es proteger “intereses de grupo con objeto divisible”, o “intereses plurisubjetivos”, o “derechos o intereses subjetivos homogéneos”, a diferencia de las acciones populares en las que se protegen intereses de grupo con objeto indivisible o derechos colectivos en sentido estricto: los intereses colectivos y los intereses difusos. esta distinción entre los diversos tipos de intereses jurídicos protegidos por las diversas acciones colectivas permite arrojar claridad sobre el elemento de la titularidad. Y en este aspecto, la primera diferencia importante es aquella que existe entre los intereses colectivos indivisibles, propios de la acción popular, y aquellos divisibles, que son el objeto de las acciones de grupo. Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. [...] Algunos ejemplos típicos de esos intereses colectivos o bienes públicos son entonces la defensa nacional, la seguridad pública o la pureza del aire como elemento del medio ambiente³³

Si bien esta definición de la corte constitucional se hace comparando los derechos que defiende la acción popular con aquellos protegidos por la acción de grupo o de clase, se puede afirmar que la naturaleza de estos últimos es equivalente a la que se protege en cualquier acción donde la petición sea para sí, es decir, de corte individualista, precisamente porque también se trata de intereses divisibles. tener en cuenta que el daño puede recaer sobre ambos tipos de derechos amplía el espectro de la responsabilidad estatal y genera, como consecuencia inmediata, que el estudio de las formas de reparación de la acción popular tenga que ser incluido en este escrito. además, permite entender algunas complejidades que puede presentar la reparación de lo colectivo

13. LA CULPA Y SUS DIVISIONES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Qué es la culpa.

Respecto a la culpa la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo, pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consiente y es desde luego las más

³³ corte constitucional, sala plena, 8 de junio de 2004, actor: manuel Leonidas palacios córdoba, exp. d-4939. Se recuerda otra sentencia de importancia para el estudio del concepto: Corte Constitucional, Sala Plena, 14 de abril de 1999, demandante: Andrés de Zubiría Samper y otros, exps. acumulados d-2176, d-2178 y d-2196

grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación le emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consiente en razón del daño causado.

Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos, aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una maquina hace al autor responsable de una culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

La culpa como elemento de la responsabilidad extracontractual no admite graduaciones, al contrario de la contractual. Todo tipo de culpa, incluso la levísima, impone responsabilidad.

14. CARGA DE LA PRUEBA EN LOS REGIMENES OBJETIVO Y SUBJETIVO

El ordenamiento colombiano no ha sido ajeno al examen referido a la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad por la prestación de los servicios médico asistenciales.

La teoría de la carga dinámica de la prueba plantea en sí un desplazamiento del principio del ONUS PROBANDI (el que alega el hecho debe probar), atendiendo a las circunstancias del caso en estudio, en el entendido que, en la relación jurídica procesal, el que este en mejores condiciones de probar, en razón a los conocimientos científicos, técnicos o profesionales se a quien corresponda probar o desvirtuar los hechos que se alegan y que comprometen su responsabilidad.

Aun cuando no existe una tendencia orientada a la inversión de la carga de la prueba, no obstante, en situaciones excepcionales y concretas, se considera pertinente su inversión

Por su parte, el derecho procesal civil consagró en el artículo 177 el principio del ONUS PROBANDI, para luego ser aparentemente desplazado por el principio de la carga dinámica de la prueba, a partir de la expedición del Código General de Proceso, artículo 167 que reza de la siguiente manera. "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario

para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código”.

Es importante resaltar, que la Carta Política como norma suprema ya consagraba el *Onus probandi*, en algunas normas y principios, con el fin de hacer tangible la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, con el fin de que los derechos reconocidos por la ley tuvieran una garantía real y efectiva. En este sentido la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el artículo 228 de la Constitución establece “que en la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses” (constitución política artículo 228, 1991).

La teoría de la carga dinámica está sustentada en los principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, ésta tiene como finalidad que en cada caso en particular dadas las circunstancias en que se presentan los hechos se debe distribuir la carga de la prueba en algunos casos para el demandante, en otros para el demandado de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas, que permitan al fallador dilucidar con certeza la responsabilidad o no del ente público.

La distribución de las cargas probatorias entre el ente público prestador del servicio médico asistencial y el particular de conformidad con las circunstancias en que se presentan los hechos no presupone reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos supuestos fácticos.

En este punto se deben identificar los elementos de la teoría de la carga dinámica, a saber: el primero de ellos es la carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar, el segundo la distribución de las cargas se hace en cada caso concreto y por último la teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes²

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el título de imputación de falla en el servicio, a partir de los criterios tradicionales de responsabilidad subjetiva, por omisiones administrativas como, por ejemplo, donde se atribuye al Estado la responsabilidad patrimonial y consecuentemente la indemnización de los perjuicios causados.

En Colombia existen dos regímenes de índole subjetiva, estos son; el de falla o falta del servicio probada y el de culpa, falta o falla del servicio presunta. En el primero, el demandante debe probar la falla del servicio en la que en el caso en concreto incurrió la Administración, mientras que, en el segundo, es a la Administración a quien se le traslada la carga de la prueba de la juridicidad de su actuación

Finalmente y a manera de conclusión, la carga de la prueba en la responsabilidad civil extracontractual, refiriéndonos por ejemplo a la concurrencia de actividades peligrosas en accidentes de tránsito bajo la actual posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a ambas partes, dado que al no existir presunción de culpas que deban aniquilarse, quien demanda debe demostrar el hecho dañoso, el daño y el nexo causal; a su vez, quien es demandado, deberá demostrar que el hecho dañoso acaeció por

fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero. En otras palabras, corresponde a cada parte probar la incidencia o no de su conducta de cara a la responsabilidad en la producción del daño, teniendo en cuenta su intervención en la creación del riesgo o de las condiciones para que éste se produjese, dejando de un lado cualquier noción de culpabilidad, pues ésta no tiene ninguna incidencia de cara a definir la responsabilidad de los actores en conflicto.

15. LA EXTENSION DE LA REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

Para llegar a la reparación, el primer elemento que se debe examinar es el daño antijurídico, en el cual se basa la responsabilidad del Estado. El Consejo de Estado afirma que, para que el daño sea antijurídico, este corresponde a un carácter cierto y, por tanto, “[...] es aquel que se irroga a pesar de que no existe una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo” (Santofimio, 2017, p. 745).

En otras palabras, la víctima no está en el deber jurídico de soportar este daño. Esta configuración se justifica en que “[...] el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico (Rodríguez, 2017, p. 309). Por lo tanto, se pasa de una idea de responsabilidad del Estado basada en la ilicitud de la conducta que ocasionó el daño a una fundamentada en el daño como elemento central.

De esta manera, para que la responsabilidad se configure bastará con que haya un daño antijurídico imputable, lo cual se determina por el nexo causal entre la actividad y el daño ocasionado. Un nexo causal se entiende, según la ponente María Elena Giraldo, como “[...] la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido” (Consejo de Estado, Sección Tercera, N.º 13.818, 2002). Además, este daño es, en palabras de Libardo Rodríguez (2017); 1) cierto, 2) especial, 3) anormal, y 5) se refiere a una situación jurídicamente protegida (p. 309).

Refiriéndonos al Juicio de Imputación, podemos decir que en materia de responsabilidad hay dos enfoques, uno contractual y otro extracontractual. En este caso se toca la responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de esta se analizarán los regímenes para la imputación de responsabilidad del Estado.

Existen dos teorías sobre la imputación, que corresponden también a los diversos regímenes de esta. Se tiene, por un lado, una imputación subjetiva, en la cual existe una falla del servicio. Esta es aquella omisión, retardo o defectuoso funcionamiento del Estado, respecto al deber de protección y vigilancia. Allí la actividad de la administración pública es irregular. Por otro lado, a pesar de que en los fallos del Consejo de Estado predomina el título de “falla del servicio”, la responsabilidad del Estado posee un régimen de responsabilidad objetiva, en el cual no es necesario que “[...] medie la culpa del funcionario público para que el Estado indemnice a la víctima” (Vidal Perdomo, 2016, p. 514). Este segundo régimen representa a unos casos especiales de responsabilidad administrativa.

Así, dentro de los regímenes especiales de responsabilidad cabrían tanto el “riesgo excepcional”³⁴ como el “daño especial”.³⁵ Estos se fundamentan en casos donde “[...] la administración debe responder por los daños causados por una actividad completamente legítima, cuando esos daños pueden ser calificados de especiales” (Rodríguez, 2017, p. 330). Ambos títulos de imputación son de carácter objetivo, de estos puede decirse que se reducen al rompimiento de igualdad frente a las cargas públicas que determinados ciudadanos soportan a causa de un daño especial, anormal, considerable y superior frente a una colectividad que por el contrario no está sopesando la carga de los desbordamientos de la actividad de la administración que, como resultado, desencadenan en la generación de un daño especial o bien, un riesgo excepcional (Rodríguez, 2017)

Existe entonces una responsabilidad extracontractual del Estado fundada en las normas del Código Civil gracias al tratamiento dual dado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. En consecuencia, la víctima adquiere especial relevancia, y se deja de lado la verificación de la conducta o la acción del causante del daño. A partir de esto se configura la necesidad de que las víctimas sean reparadas, y, con esto, la necesidad material de atender a las víctimas desde su integralidad.

Lo anterior está conectado con el estado social de derecho, el cual se presenta como una “[...] forma de organización política que tiene como objeto básico combatir las penurias económicas de los asociados y prestar debida asistencia y protección a las personas que padezcan alguna desventaja social o económica” (Restrepo, 2018, p. 38). Por eso, frente a la posición desfavorable de quienes puedan resultar víctimas del CAI, el Estado es el garante, debe ser capaz de proporcionar los mecanismos idóneos para subsanar las desventajas de las víctimas del CAI y, por tanto, procurar dejarlas en una condición similar a la que se encontraban antes de resultar víctimas.

A pesar de que en un primer momento la reparación era solo económica, se ha venido perfeccionando con la idea de un Estado garante, sin importar que este posea un “[...] carácter exclusivamente instrumental: no es un fin en sí mismo, sino que pretende ser otro modo y otro medio de realización del Estado social y de cumplir con sus objetivos” (Pardo, 2015, p. 21). Así, hay una estrecha relación tripartita entre el estado social de derecho, el estado garante y la reparación integral. Si bien el Estado garante es un instrumento frente al estado social de derecho siendo esta última idea una forma de organización política, ser garante cobra importancia ya que “[...] el Estado asume la posición de garante de los derechos constitucionales de los residentes en el territorio colombiano” (Corte Constitucional, 2003).

Por esta razón, el Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales. Según esto, el Estado garante “[...] halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado

³⁴ El riesgo excepcional es la actividad de la administración la que coloca en situación de riesgo al individuo, la cual se ejerce en beneficio suyo y les impone a los asociados una carga que no tienen que soportar,

³⁵ El daño especial se da en cumplimiento de un deber legal y se aplica fundamentado en el rompimiento del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

que la misma ley —en sentido material— atribuye, en específicos y concretos supuestos” (Gil Botero, 2013, p. 11). Esta sujeción a los preceptos constitucionales para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos poco sería si no se cumplen los principios, para así en esa dirección orientar su actuación.

Con todo lo anterior, la reparación puede entenderse como un derecho que, según lo manifiesta Santofimio (2017, p. 165), tiene en su contenido no solo el resarcimiento económico, sino que debe procurar dejar indemne a la víctima, especialmente cuando se trata de los derechos o bienes jurídicos afectados por el daño antijurídico y sus perjuicios. La reparación se convierte entonces en un elemento inherente de la responsabilidad del Estado. Al superar el plano económico, esta se transforma en un mecanismo para cumplir los fines esenciales del Estado, ya que este, al adquirir un carácter prestacional, en sus actuaciones, puede haber algún margen de error y deberá procurar medidas integrales para dejar indemne a las víctimas.

En suma, en relación con el derecho a la reparación y el CAI, la responsabilidad extracontractual del Estado cobra vital importancia, pues se cimienta en la igualdad (art. 13), la paz (art. 22) y la solidaridad (art. 95). También, como se ha venido mencionando, el Estado es garante, porque debe cumplir con su función primigenia de ofrecer protección a los ciudadanos y buscar equiparar las condiciones de todos los habitantes. Por esto, bajo la premisa elemental del estado social de derecho, se perfecciona aquello bajo lo cual “la idea de Estado garante describe certeramente ese repliegue del Estado, que adopta una nueva posición estratégica, no como prestador sino como garantizador” (Pardo, 2015, p.8). Esto debido a que un Estado que no reparara a sus víctimas niega el carácter social de derecho.

Apoyado a lo anterior, se muestra entonces una administración que se caracterizaba por el desentendimiento del deber de protección. La garantía no era su principal foco de atención, sino que a través de diversos cambios en la estructura social se hace posible el tránsito hacia escenarios que trascienden lo meramente prestacional, y se generan dinámicas que posibilitan el papel de Estado garante.

En este sentido, resulta interesante observar cómo pese a no que no se reconoce inicialmente el CAI, los tribunales de cierre del ordenamiento jurídico consideraron que el deber de garantía y protección del Estado, lo hace responsable tanto política como jurídicamente de la protección de los derechos humanos de los ciudadanos. En numerosas sentencias⁷ emitidas tanto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se reconoce que el Estado, producto de sus omisiones, puede tener responsabilidades. Este hecho significa una reconfiguración de la responsabilidad del Estado, puesto que el reconocimiento oficial de un CAI genera un tratamiento diferente y por tanto un cambio de dirección.

Así, y por el interés suscitado que puede representar una reconfiguración de la responsabilidad extracontractual del Estado frente al CAI, y a su vez de las víctimas producto de este, el análisis que se procederá a presentar se divide en la revisión de la construcción jurisprudencial, teniendo a estas sentencias como antecedente importante en

consideración del CAI, en tanto lo afirman, así en el momento de su emisión no se hubiera dado un reconocimiento oficial de este, se pretende además observar los derechos de las víctimas frente al CAI, quien, en cabeza tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado han tenido un margen de protección efectiva en el que se reconoce cómo los derechos fundamentales están implícitos en el deber de protección estatal.

La posición del Estado como garante lleva a analizar los fallos emitidos por el Consejo de Estado que tratan sobre el CAI e identificarlos cambios en la imputación en el CAI y en la responsabilidad del Estado. Esto se hace con el fin de encontrar si se han dado cambios notorios frente a la imputación de responsabilidad al Estado tanto en tiempos de conflicto como de posconflicto. Si esto es así, habría un cambio estructural jurídico en la reparación, al contemplar cambios de dirección o nuevas alternativas que conlleve un tratamiento diferente de la responsabilidad extracontractual del Estado

No obstante, gracias al desarrollo estructural de la jurisdicción hay lineamientos para determinar que la responsabilidad estatal no es un objeto que pueda verse por fuera de la dinámica propia del CAI. En efecto su determinación más allá de la reparación económica y encuentra su eje la protección de los derechos fundamentales. No solo se evalúan bajo el título de imputación de falla en el servicio, el cual simplemente reconoce una carga que la víctima del CAI no estaba obligada a soportar. Se concluye que el estado constitucional recibe regímenes objetivos con una postura más garantista de los derechos fundamentales.

16. PRESCRIPCIÓN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La demanda ordinaria de responsabilidad civil extracontractual interpuesta para exigir la indemnización de perjuicios ocasionada por un contrato de transporte prescribe en 10 años, como lo establece el Código Civil, y no en 2 años, como lo estipula el Código de Comercio.

17. CAUSALES EXONERATIVAS EN EL REGIMEN SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han manifestado que el demandado en un juicio de responsabilidad tiene, por norma general, la posibilidad de defenderse atacando cualquiera de los elementos que se estudian dentro de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, bien puede plantear su defensa respecto al elemento daño, al elemento imputación, o al elemento fundamento. dependiendo del régimen de responsabilidad aplicable, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre varias alternativas para exonerarse de responsabilidad; si nos encontramos dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad, el demandado tiene la posibilidad de exonerarse probando ausencia de falla, la inexistencia del nexo causal, o probando causa extraña. Por el contrario, si nos encontramos en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva, el demandado sólo se puede exonerar probando ausencia de nexo causal, o probando la

existencia de una causa extraña.

Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad.

En este sentido, las causales exonerativas (causa extraña) impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad (por ejemplo, en el hecho del tercero como causa exclusiva), en ocasiones demostrando que, si bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisto e irresistible.

La diferenciación entre causalidad e imputación que ha venido predicando la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha permitido dejar de lado la afirmación según la cual las causales exonerativas de responsabilidad “rompen” el nexo de causalidad, para clarificar que la verdadera función de este tipo de causales es la de evitar la atribución jurídica del daño al demandado, es decir, impedir la imputación. A este respecto se ha dicho de forma clara y reiterada:³⁶

“Pues bien, de la dicotomía causalidad-imputación que se ha dejado planteada y explicada, se desprende, ineluctablemente, la siguiente conclusión: frente a todo caso concreto que el juez de lo Contencioso Administrativo someta a examen habida consideración de que se aduce y se acredita la producción de un daño antijurídico, el nexo o la relación de causalidad entre la acción o la omisión de la autoridad pública demandada existe o no existe, pero no resulta jurídica ni lógicamente admisible sostener que el mismo se rompe o se interrumpe; si ello fuese así, si tal ruptura o interrupción del proceso causal de producción del daño sufriese una interrupción o ruptura, teniendo en cuenta que la causalidad constituye un fenómeno eminente y exclusivamente naturalístico, empírico, no cabe posibilidad distinta a la consistente en que, sin ambages, el daño no se ha producido, esto es, al no presentarse o concurrir alguna de las condiciones necesarias para su ocurrencia, la misma no llega a tener entidad en la realidad de los acontecimientos. “Así pues, aunque constituye prácticamente una cláusula de estilo en la jurisprudencia contencioso administrativa el sostener que la configuración, en un caso concreto, de alguna de las denominadas “causales eximentes de responsabilidad” -fuerza mayor, caso fortuito y hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- conduce a la ruptura o a la interrupción del nexo o de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el resultado dañino, en estricto rigor y en consonancia con todo cuanto se ha explicado, lo que realmente sucede cuando se evidencia en el plenario la concurrencia y acreditación de una de tales circunstancias es la interrupción o, más exactamente, la exclusión de la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad de reparar el daño a la entidad demandada, es decir, la operatividad en un supuesto concreto de alguna de las referidas “eximentes de responsabilidad” no destruye la tantas veces mencionada relación de causalidad, sino la imputación. “Por tanto, quede claro que el análisis que ha de llevarse a cabo por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo cuando se le aduzca la configuración de una de las que han dado en

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 17145.

denominarse “eximentes de responsabilidad” -como ocurre en el sub judice-, no constituye un examen de tipo naturalístico, fenomenológico, sino eminentemente valorativo-normativo, orientado a seleccionar, más allá del proceso causal de producción del daño, a cuál de los intervinientes en su causación debe imputarse o atribuirse jurídicamente la responsabilidad de repararlo, de conformidad con la concepción de justicia imperante en la sociedad, la cual se refleja en la pluralidad de títulos jurídicos de imputación al uso dentro del sistema jurídico”.

Las causales exonerativas de responsabilidad pueden exonerar de responsabilidad al demandado de forma total cuando la fuerza mayor, el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima son consideradas como la causa única exclusiva y de-terminante del daño. Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa, su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de con causalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción de la indemnización. Se puede afirmar que la imputación que no ha pasado por el filtro de las causales exonerativas, es una imputación aparente, que se convierte en definitiva sólo cuando supera este estudio sin verse alterada. Haremos referencia a las tres causales exonerativas estudiadas por la doctrina y la jurisprudencia, como son la fuerza mayor y/o caso fortuito, el hecho del ter-cero y el hecho de la víctima. de cada una de ellas referiremos su definición, sus características y su aplicación.

A) FUERZA MAYOR

ENNECCERUS define la fuerza mayor diciendo que es el “acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”.³⁷ de acuerdo con la doctrina francesa, “es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres características siguientes: exterioridad (respecto del demandado), imprevisibilidad (en su ocurrencia) e irresistibilidad (en sus efectos).³⁸En Colombia esta figura fue definida legalmente por el artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil cuyo texto enuncia: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Así las cosas, la fuerza mayor de acuerdo con la ley colombiana se entiende como sinónima del caso fortuito. Veremos más adelante cómo la jurisprudencia ha hecho enormes esfuerzos por diferenciar estas dos figuras las cuales, de acuerdo con esa diferenciación tienen la potencialidad de impedir la imputación en regímenes de responsabilidad diferentes.

En lo que tiene que ver con la fuerza mayor, la jurisprudencia del Consejo de estado ha retomado lo establecido por la Corte Suprema de justicia que al referirse a las características que debe revestir un hecho para ser calificado de fuerza mayor ha dicho:

³⁷ Jose Luis Concepción Rodríguez, Derecho de Daños, editorial bosch, 2ª. edición 1999, p. 85

³⁸ Rene Chapus. Droit Administratif General. Ediciones Montchrestein. París, 1997, p. 1122.

“Así, pues, la cuestión del caso fortuito liberatorio o de fuerza mayor, al menos por norma general, no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismo, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodean el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el art. 1º de la Ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad.

Esos rasgos por los que es preciso indagar, distintivos del caso fortuito o de fuerza mayor, se sintetizan en la imposibilidad absoluta de cumplir derivada de la presencia de un obstáculo insuperable unido a la ausencia de culpa del agente cuya responsabilidad se pretende comprometer (g.J., t. x l i i , p. 54) y son, en consecuencia, los siguientes:

a) Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que “...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...” (g.J., tomos l i V , p. 377, y c I V i i i , p. 63)

b) Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente sojuzgado por el suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito”.³⁹

Respecto de la fuerza mayor ha expuesto el Consejo de Estado evocando la doctrina: “La fuerza mayor sólo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias... En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...”⁴⁰

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se deduce claramente que la fuerza mayor para que se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener los tres elementos indicadores que hacen parte de su definición:

1. Es un hecho externo
2. Es un hecho imprevisible
3. Es un hecho irresistible

³⁹Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1999, expediente 5220.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 12423. Ver en igual sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090.

1. Es un hecho externo: la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre.

Respecto de esta característica de la fuerza mayor, GUYOT manifiesta: “un evento no es liberatorio sino a condición de ser exterior a la actividad del demandado, luego no puede resultar de su hecho, del de sus asalariados o de las cosas que estén bajo su guarda”.⁴¹

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado respecto a esta característica:

“...en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto libera-torio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada...”⁴²

De manera entonces que la exterioridad entendida como el hecho ajeno a las partes involucradas dentro de la actividad generadora del daño es característica indispensable de la fuerza mayor.

2. Es un hecho imprevisible: conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor. Que el hecho sea imprevisible implica que en condiciones normales haya sido totalmente imposible para el agente precaverse contra él. dice la jurisprudencia ya referenciada “cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera

⁴¹ Mencionado por philippeletourneau, La Responsabilidad civil, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, editorial Legis, 2004, p. 93

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008.

el caso fortuito ni la fuerza mayor”¹⁸. En la práctica, la imprevisibilidad entendida desde esta perspectiva, hacía realmente difícil configurar un evento como fuerza mayor, pues en estricto sentido, casi to-dos los hechos o circunstancias de la vida pueden ser humanamente imaginados, es decir, previstos, lo que haría infructuoso alegar esta causal de exoneración, pues prácticamente nunca se configuraría como hecho imprevisible. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en reciente sentencia¹⁹, inspirada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, estableció que en punto de su configuración, se debía entender por imprevisible “aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquel lo que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”, lo que claramente tiene como consecuencia la morigeración en la rigurosidad con la cual se analizaba la imprevisibilidad. Con todo, la Corte Suprema de justicia ha señalado que son hechos normalmente previsibles los que suceden en el curso ordinario en que se desarrolla determinada actividad y ha establecido que para acordar lo previsible de un hecho, deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos²⁰, los cuales deben analizarse respecto de cada caso en concreto:

- a. El referente a su normalidad y frecuencia
- b. El atinente a la probabilidad de su realización
- c. El concerniente a su carácter excepcional y sorpresiva

Esta doctrina de la Corte Suprema de justicia es seguida y utilizada por el Consejo de Estado, tribunales que han reiterado de manera constante que la imprevisibilidad es una de las características esenciales de la fuerza mayor.

3. Es un hecho irresistible: se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante, los medios de defensa empleados para superarlo.

B) EL CASO FORTUITO

Ya dijimos cómo desde la perspectiva normativa (artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil), la legislación colombiana no diferencia el caso fortuito de la fuerza mayor. Como lo expone el profesor HINESTROSA,⁴³ esa es a la conclusión a la que se llegó desde el punto de vista normativo, de regreso de un empeño generalizado en la jurisprudencia francesa retomado en nuestro medio, para caracterizar la fuerza mayor como el acontecimiento totalmente extraño a la actividad generadora del daño, y el caso fortuito como aquel suceso que ocurre dentro de la ejecución de alguna actividad. No obstante, la disposición legal que trata como sinónimos la fuerza mayor y el caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho esfuerzos por diferenciar las dos figuras en el campo de la responsabilidad por riesgo excepcional y han predicado

⁴³ Fernando Hinestroza, Tratado de las Obligaciones I, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 775.

una tesis dualista⁴⁴

En desarrollo de esa concepción “se han extraído diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito. Se indica que la primera es aquel suceso conocido, imprevisible e irresistible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño; es decir, es causa extraña y externa al sujeto (terremoto, inundación, avalancha). El caso fortuito, por el contrario, si bien es irresistible, proviene de la estructura de la actividad de aquél, sin exigir la absoluta imprevisibilidad de su ocurrencia, pues requiere que no se haya previsto en el caso concreto (como el estallido de una llanta de un automotor, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, etc.), y puede ser desconocido, permanecer oculto; de tal manera, que no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”.⁴⁵

En aplicación de esta diferenciación es que se ha establecido por el juez contencioso administrativo que: “la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido [y] permanecer oculto, y el [sic] la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”.⁴⁶

La jurisprudencia y la doctrina se refieren entonces al caso fortuito como sinónimo de “causa desconocida” la cual si bien puede o no puede ser previsible o imprevisible, y en todos los casos es irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño lo que le da el carácter de interioridad, razón por la cual no tiene la potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligrosa. Se ha entendido que, si la causa del daño no es externa a la actividad, no existe en este sentido una causa extraña que tenga la consecuencia de exonerar de responsabilidad

C) HECHO DEL TERCERO

Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan coobligados. jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra

⁴⁴ Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1993, expediente 7635. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 1995, expediente 10376; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1999, expediente 9626

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2000, expediente 12099

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2000, expediente 11670

el que se dirige la acción resarcitoria ⁴⁷

A este respecto ha establecido la jurisprudencia: “Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél”. ⁴⁸

La jurisprudencia contenciosa ha considerado que para que se presente la figura del hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad, es necesario que confluyan los siguientes elementos:

- a. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido.
- b. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega.

a) El hecho del tercero debe ser causa exclusiva única y determinante del daño para que se convierta en exoneratorio de responsabilidad. El supuesto más común del hecho del tercero es aquel en el cual la participación del alguien extraño al demandante y al demandado fue el verdadero causante del daño y en este sentido, se configura una inexistencia del nexo causal. no obstante, también hay casos en los cuales el hecho fue causado desde el punto de vista fáctico por el demandado, quien vio determinada su conducta por el actuar de un tercero, haciendo que el daño sea imputable a ese tercero de forma exclusiva, como en el caso de la legítima defensa cuando el daño producto de esa defensa se causa a alguien distinto de aquel cuya agresión se pretende repeler. En este último caso nos encontramos frente a una imposibilidad de imputación, puesto que la defensa fue determinada por el hecho del tercero agresor⁴⁹

Ahora bien, en el evento en que el hecho del tercero aparezca junto con el actuar del demandado como concausa en la producción del daño, lo que se genera es una solidaridad entre ellos como coautores del daño tal como lo establece el artículo 2344 del Código Civil, pudiendo la víctima perseguir por el total de la indemnización a todos o a cualquiera de ellos indistintamente. Ha dicho el Consejo de Estado al respecto:” Él concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva, sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibidem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del

⁴⁷ Matilde Zavala De González, Actuaciones por daños. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 172.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530. Ver en mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

⁴⁹ Ver en este sentido, salvamento de voto del Magistrado Alier Hernández a sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2002, expediente 10952.

tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño. Debe recordarse que:

- La solidaridad de los deudores se produce en relación con la parte demandante y que entre los deudores solidarios la obligación de cada uno es conjunta y, por lo tanto, admite división o separación (art. 1579 ibídem).
- El demandante puede dirigir su demanda por hechos como el descrito, de concurrencia conductas entre demandado y tercero, contra uno de estos o contra todos.
- El demandado tiene derecho legal para cuando el demandante no citó a juicio otras personas como autoras del daño que sufrió, de una parte, para llamarlas a juicios para que se defina en la sentencia el reembolso a que tenga derecho (art. 1579 ibídem); en tal sentido puede verse la sentencia proferida el 26 de abril de este año.⁵⁰ De otra parte, el demandado, desde otro punto de vista, puede también iniciar proceso contra el tercero que cooperó con él en la producción del daño, después de haber indemnizado totalmente a las víctimas, como consecuencia de la condena que se le impuso.⁵¹

b) Por otra parte, el hecho del tercero debe tener las características de toda causa extraña y en consecuencia debe ser irresistible e imprevisible, puesto que si se prueba que el hecho del tercero pudo haber sido previsto y/o evitado por el demandado que así no lo hizo, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual “no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo”.⁵²

Respecto de la existencia de estas dos características que deben estar presentes, ha dicho la jurisprudencia:

“...Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía ser, en el sub iudice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

“En torno al tema analizado, cabe recordar el fallo del 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor consejero doctor Gustavo Degreiff Restrepo, cuyos apartes pertinentes contienen:

“La doctrina es unánime al considerar que para el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenersele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.

“Se hace notorio que el hecho del tercero deba ser imprevisible puesto que, si puede ser prevenido o evitado por el ofensor, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a

⁵⁰ Expediente 12917

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2001, expediente 13233

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1989, expediente 5693

*producirlo. Y debe ser irresistible puesto que, si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración”.*⁵³

En este orden de ideas, resulta evidente cómo para la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho del tercero debe revestirse de los requisitos de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad para que pueda ser considerado como una causa extraña que pueda impedir la imputación.

D) HECHO DE LA VÍCTIMA

Esta figura exonerativa parte, de la siguiente lógica: quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.

En derecho positivo existen dos normas que nos refieren a la aplicación de esta causal:

El artículo 2357 del Código Civil establece textualmente:

“La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 Ley Estatutaria de la Administración de justicia establece:

“El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de Ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

El hecho de la víctima como causal exoneratoria de acuerdo con lo establecido en el artículo 2357 del Código Civil no debe ser necesariamente culposo, a diferencia de la causal exoneratoria establecida en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y que se aplica a los regímenes especiales regidos por esa ley, puesto que de la lectura de esa norma se observa claramente una calificación subjetiva de la conducta de la víctima del daño. Así las cosas, las referencias que se harán a continuación se refieren a la causal exoneratoria que se desprende de la norma general establecida en el Código Civil. Más adelante haremos una referencia a la norma especial de la Ley 270 de 1996.

A pesar de que alguna parte de la doctrina francesa exige, que para que sea exoneratorio el comportamiento de la víctima debe ser necesariamente culposo,⁵⁴ otra parte de la doctrina extranjera y algunos fallos del Consejo de Estado han afirmado en forma reiterada lo contrario.

La exigencia de un comportamiento culposo para que sea considerado como exoneratorio se ha venido atenuando teniendo en cuenta dos factores así:

1. Se requiere de una coparticipación o una con causalidad que, desde el punto de vista objetivo, sea eficiente y determinante de forma parcial o total para la producción de daño.
2. Existen eventos en los que quienes se exponen a los daños son personas que no tienen capacidad de autodeterminarse, como los menores, dementes o personas con alguna

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1994, expediente 9276, tomado de La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Ramiro Saavedra Becerra. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3ª reimpresión, pp. 589-590

⁵⁴ “Sólo una falta (culpa) cometida por la víctima, tiene la naturaleza de hacer considerar que ella ha contribuido a la realización del daño”. René Chapus, ob. cit., p. 1121.

perturbación mental transitoria, o quien obra por intimidación o coacción.

Esta última posición ha sido expuesta por la doctrina. Vale la pena traer a colación el cuestionamiento que se hace el profesor Mosset Iturraspe: “Sea la conducta -ajena al responsable- culposa o no, incluso aunque fuera involuntaria, es ella la que desencadena el daño: ¿cómo entonces atribuírselo a otra persona?”⁵⁵

La jurisprudencia ha encontrado probada la causal exoneratoria denominada hecho de la víctima en algunos casos en los juicios de responsabilidad en los que quien se expone al daño concurriendo con su actuar a la producción del mismo, es un menor o un demente. Así, en sentencia del 24 de febrero de 2005, en la que se absolvió al ejército nacional de responsabilidad en la muerte de menor ocurrida cuando cruzó imprudentemente la calle, se dijo:

” Por último, respecto de lo expresado por el demandante, en el sentido que el menor Y. R., quien tenía 6 años de edad al momento de su muerte, no podía incurrir en culpa, según lo señalado por el artículo 2346 del Código Civil,⁵⁶ se reitera lo expresado por esta Sala en sentencia del 25 de mayo de 2000, expediente 11253, en los siguientes términos

“A más de advertirse, conforme a lo ya dicho, la insuficiencia del argumento para efectos de construir un nexo de causalidad entre la conducta de la madre del niño y el daño causado, encuentra la Sala otra inconsistencia en el planteamiento del a quo, fundada en la interpretación equivocada del artículo 2346 del Código Civil. En efecto, es claro que, dado el carácter objetivo del nexo causal, como elemento de la responsabilidad, poco importa que el hecho de la víctima que da lugar a la producción del daño sea culposo o no. Por la misma razón, es claro que la norma citada se refiere a hechos ilícitos considerados fuentes de obligaciones, por lo cual se aplica al menor que causa daño, mas no al que lo sufre. Al

*respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia”.*⁵⁷

En fin, en relación con la valoración subjetiva del comportamiento de la víctima para efectos de configurar la causal exoneratoria, en reciente pronunciamiento, se estableció:

“Cabe precisar que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria.

⁵⁵En Matilda Zavala de González, ob. cit., p. 67

⁵⁶ Código Civil Colombiano, artículo 2346: los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 14681 que reitera lo establecido en sentencia de la misma sección del 25 de mayo de 2000, expediente 11253.

Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.

Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

Sin embargo, cabe advertir que esa noción culpabilista que se proyecta en dicha norma no puede ser trasladada al campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, habida consideración de que el criterio de imputación que rige esa responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, se construye a partir de la verificación de la antijuridicidad del daño y del vínculo causal entre ese daño y la actuación u omisión de la Administración. Luego, si de la atribución de responsabilidad al Estado están ausentes, como requisito para su estructuración, los criterios subjetivos de valoración de la conducta del autor, tales criterios no pueden ser exigidos cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización por la intervención causal relevante de la propia víctima. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción.

Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido”.⁵⁸

Así las cosas, es preferible denominar de forma genérica a esta causal exoneratoria como hecho de la víctima más que como culpa de la víctima, teniendo en cuenta el carácter objetivo de la con causalidad con la cual actúa la víctima en la producción de su propio daño.

Cuando hablamos del hecho de la víctima, nos referimos a una causal que impide efectuar la imputación, en el sentido en que, si bien es cierto, que puede ser que el demandado causó el daño física o materialmente, el mismo no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible, lo llevó a actuar de forma que causara el daño, razón por la cual el mismo es imputable desde el punto de vista jurídico a la víctima y no al demandado. Para los hermanos Mazeaud el hecho de la víctima sólo lleva “*consigo la absolución completa*” cuando “*el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposos*”

⁵⁸Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 17957. Ver en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179

CAPITULO VI

18 DISEÑO METODOLOGICO

18.1 Tipo de investigación: exploratoria

18.2 Enfoque de investigación: cualitativo

18.3 Diseño de investigación: no- experimental

18.4 Criterio epistemológico: hermenéutico

18.5 Universo, población y muestra: se omite, por ser no un conjunto, sino una sola unidad.

18.6 Técnicas o instrumentos para la recolección de datos: análisis de documentos

18.7 Fuentes de la información: fuentes primarias

19. BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA C. (2014). El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. distintas teorías. <http://www.scielo.cl/scielo>
- ARMENTA ARIZA, Angélica María. El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación, 2008
- BELTRÁN GALVIS, Jaime. (2016). Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano por la Actividad Legislativa Cuando Afecta Expectativas Legítimas/Tesis de Grado, Universidad Autónoma de Bucaramanga.<https://repository.unab.edu.co>
- BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Leyer Ltda., primera edición
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis Derecho de Daños, editorial bosch, 2ª edición 1999, p. 85
- Constitución Política de Colombia, 1991.
- Código Civil Colombiano, 1887.
- Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789
- DUVERGER, Maurice. Droit public, 1957, Págs. 2 y ss
- GARCIA OVIEDO citado en el fallo de 29 julio de 1947 del Consejo de Estado CP: Gustavo A. Valbuena
- HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones I, Universidad Externado de Colombia, 2002
- MAZEAUD, León y Henri. "G.J., número 1977, Págs. 116 y 117"
- PARRA GUTIERREZ, William Rene. Responsabilidad patrimonial estatal daño antijurídico. Bogotá: Universidad autónoma de Colombia, 2004.
- PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio de 2011, pp. 371 a 398
- PEIRANO FACIO, ob cit, núm. II; J. MELLCH ORSINI, obr. cit, tomo II, pág. 1 y ss
- PIAGGIO, Lucas A La potestad reglamentaria de la Administración en un reciente fallo de la corte suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires: Thomas

Reuters. (2019).

- PEREZ VILLA, Jorge. Responsabilidad estatal y acción de repetición. Bogotá: Leyer, 2003.
- RENE CHAPUS. Droit Administratif General. Ediciones Montchrestein. París, 1997, p. 1122
- RIPERT, Georges. -La regla moral en las obligaciones civiles. -Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2016, pág. 212.
- RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad del estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe ediciones, 2013
- STARCK, Essai...pág. 15
- TAFUR, Álvaro. -Código Civil Colombiano. -Editorial LEYER
- TABARES AGUDELO L. (2021) Columna de opinión – El informador)
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Actuaciones por daños. Editorial Hammurabi, Buenos Aires
- VLEX-400848914. Responsabilidad del estado legislador. Páginas 165-223. Página de internet <http://vlex.com/vid/responsabilidad-legislador-400848914>

SENTENCIAS

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 5 de marzo de 1940 Liborio Escalón
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia T 518 DE 1998.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 631514
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 28 de febrero de 1958.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de julio de 1922
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 28 de febrero de 1958.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre de 1896

- Corte Constitucional, Sentencia C 333 del 1 de agosto de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera, Sentencia del 28 de julio de 1987, exp.4987, Concejero Ponente: Carlos Betancur

Jaramillo

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, Sentencia del 2 de Febrero de 1984, Consejero Ponente: Eduardo Suescun
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, Sentencia del 2 de
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 23 de octubre de 2003, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del 2 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero
- Corte Constitucional, sala plena, 8 de junio de 2004, actor: Manuel Leónidas palacios córdoba, exp. d-4939.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 17145
- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1999, expediente 5220.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 12423. Ver en igual sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2000, expediente 12099
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2000, expediente 11670
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2001, expediente 13233
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1989, expediente 5693
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1994, expediente 9276
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 14681 que reitera lo establecido en sentencia de la misma sección del 25 de mayo de 2000, expediente 11253
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 17957. Ver en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179