

MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ

*Responsabilidad objetiva del Estado:
tendencias, deseos y realidades*

SUMARIO: Introducción. I. Los regímenes de responsabilidad objetiva del Estado. A. El daño especial. B. El riesgo excepcional. II. La procedencia de la aplicación de los regímenes de responsabilidad. III. Eventos de responsabilidad objetiva según la jurisprudencia reciente. A. La responsabilidad objetiva por el daño sufrido por los reclusos. B. La responsabilidad objetiva por el daño sufrido por menores de edad. C. La responsabilidad objetiva por ocupación permanente de inmuebles. D. La responsabilidad objetiva por la omisión lícita en el cumplimiento de funciones públicas. E. La responsabilidad objetiva por la prestación del servicio médico. IV. Conclusiones y reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado se ha declarado en Colombia con fundamento en distintos regímenes desde la segunda mitad del siglo XIX hasta hoy. En ejercicio de la competencia para dirimir los negocios contenciosos en que tuviera parte la Nación, conferida por el artículo 151 de la Constitución Política de 1886, hasta la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964, la Corte Suprema de Justicia recurrió a aplicar las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad de los particulares; así, aplicó analógicamente, en un momento inicial, los artículos 2347 –inciso 1.º– y 2349 de esa codificación, que se refieren a la responsabilidad indirecta por el hecho de otro, y luego –superada una evolución que incluyó la consideración de la denominada tesis organicista–, las disposiciones que regulan la responsabilidad directa de los particulares, en especial el artículo 2341¹, e incluso, en casos muy eventuales, el artículo 2356, en el que la Sala de Casación Civil sustentó, desde la conocida sentencia del 14 de marzo de 1938, la responsabilidad civil por riesgo derivada del ejercicio de actividades peligrosas².

Así, la Corte fundó la responsabilidad del Estado, en esencia, en la noción de culpa civil y, de manera muy excepcional, en la noción de riesgo. No obstante,

1 De esta evolución jurisprudencial se da cuenta, con todo detalle, en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 28 de octubre de 1975, proferida en el proceso de Miguel Rendón M. y otros contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Jericó.

2 Entre los pocos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre responsabilidad del Estado existentes en ese sentido, puede mencionarse el proferido por la Sala de Negocios Generales el 18 de abril de 1939, en el proceso de Inés Zuluaga contra el departamento de Caldas, en su condición de propietario del Cable Aéreo del Norte.

debe observarse que en la sentencia del 21 de agosto de 1939, la Sala de Casación Civil, al resolver sobre el recurso de casación formulado en el proceso iniciado por el señor Carlos Crane contra el municipio de Bogotá por las inundaciones causadas a edificaciones de su propiedad por aguas provenientes del colector del río San Francisco, se refirió a la falla del servicio de las personas jurídicas de derecho público y, para definirla, recurrió al concepto formulado en Francia por Paul Duez, que se refiere a la prestación inadecuada de los servicios públicos, lo cual le permitió plantear, por primera vez, la distinción entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario, puesto que aquella existiría “con secundaria consideración de la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad estos servicios”. Una formulación en el mismo sentido se encuentra en el fallo de la Sala de Negocios Generales de la misma corporación del 30 de junio de 1941. Incluso, en algunas pocas sentencias, la Corte consideró que podía sustentarse la responsabilidad estatal en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886³.

Por su parte, el Consejo de Estado, en ejercicio, primero, de las competencias especiales conferidas por la ley⁴, y después, de la competencia general para conocer las controversias de responsabilidad contra las entidades públicas, que le asignó el Decreto 528 de 1964, desarrolló y aplicó en múltiples casos las teorías de la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, inspirado en los planteamientos de la jurisprudencia francesa⁵.

El entendimiento de la falla del servicio, en los términos de Paul Duez, también acogido por el Consejo de Estado desde 1967⁶, se modificó en 1990, para considerar que aquella se configura cuando se presenta una “violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado [...], ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado”⁷, consagrada en el artículo 16 de la Constitución

3 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala de Casación Civil del 30 de junio de 1962, en el proceso de Reinaldo Tinjacá y otro contra el municipio de Bogotá.

4 Pueden mencionarse las Leyes 130 de 1913, 38 de 1918 y 167 de 1941.

5 Sobre esta evolución, puede consultarse JUAN CARLOS HENAO, “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en *Jornadas colombo-venezolanas de derecho público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 729-760.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 1967.

7 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 1990.

Política⁸. Es evidente, entonces, que esta teoría permite fundar un régimen subjetivo de responsabilidad, en cuanto supone la desaprobación de la actuación estatal. Las teorías del daño especial y del riesgo excepcional, en cambio, permiten fundar una responsabilidad objetiva del Estado, esto es, la obligación de indemnizar el daño causado por la realización de conductas lícitas.

El objeto de este ensayo es presentar un análisis sobre el sustento de estas teorías objetivas en el derecho colombiano y sobre su aplicación por la jurisprudencia nacional, sobre todo en la época reciente, con el fin de demostrar que, en algunos casos, se recurre a ellas sin el fundamento debido, lo cual ha generado la alteración de sus bases doctrinales e incluso, eventualmente, la elusión de la causalidad como elemento estructural de la responsabilidad patrimonial.

Para el efecto, en primer lugar se presentarán, de manera sucinta, las teorías mencionadas; su formulación y los requisitos que de ellas se derivan constituirán una premisa esencial para el análisis. En segundo lugar, se abordará el problema de la procedencia de la aplicación de los regímenes de responsabilidad, lo que, como se verá, supone indagar sobre sus fundamentos normativos. En tercer lugar, se realizará el examen crítico de algunos eventos que, conforme a la jurisprudencia reciente, se han considerado de responsabilidad objetiva y, finalmente, se presentarán las conclusiones.

I. LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO

A. EL DAÑO ESPECIAL

El Consejo de Estado acogió, por primera vez, la teoría del daño especial en la sentencia del 29 de julio de 1947, por la cual se resolvió el proceso incoado por El Siglo S. A. contra la Nación. Con apoyo en la cita de Carlos García Oviedo, se afirmó que su aplicación era procedente cuando “en la gestión de sus servicios produce el Estado a un particular un daño o le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal”. Se explicó que la teoría parte del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas: “En tanto que un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás,

8 Sobre esta noción de falla del servicio, puede consultarse JUAN CARLOS HENAO, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 57-114.

nada puede reclamar al Estado; pero el deber de indemnizar aparece desde el instante en que se produce una carga especial”. Se precisó, con fundamento en la cita de Michaud, que la reparación buscaba, entonces, restablecer la igualdad de las cargas y que el derecho a ella surgía cuando el daño era anormal, por su importancia y su carácter excepcional.

El régimen de daño especial se configura, entonces, cuando existe una actuación lícita del Estado que, a pesar de ser desarrollada en interés público, esto es, en beneficio de la generalidad, causa un daño grave a una persona o a un grupo de personas que rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. En ese sentido, se expresó con claridad lo siguiente, en la sentencia del 13 de septiembre de 1991 (exp. 6453):

La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de esta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado.

En este mismo fallo, se precisaron los requisitos de aplicación de la teoría, así:

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae solo sobre alguno o algunos de los administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y

f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración.

Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta [...] que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen.

La formulación de la teoría del daño especial permite concluir que constituye un fundamento particular de la responsabilidad del Estado, que no tiene equivalente en el ámbito de la responsabilidad civil; en efecto, no solo está sustentada, de manera directa, en el rompimiento del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, sino que, conforme a ella, el deber de reparar se sustenta en la causación de un daño de parte del Estado, en el ejercicio lícito de sus funciones, cumplidas en aras de garantizar el bien común. Un razonamiento en tal sentido resulta impensable en el ámbito de la responsabilidad de los particulares, respecto de quienes no pueden predicarse deberes de la naturaleza indicada.

B. EL RIESGO EXCEPCIONAL

La aplicación de la teoría del riesgo excepcional se inauguró en la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia con la sentencia del 2 de febrero de 1984, en la que se expresó que procede “cuando el Estado, en desarrollo de una obra de 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’ (Laubadere) 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 de ese servicio público”. En este pronunciamiento se precisó: “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”.

Al margen de las vicisitudes que tuvo inicialmente la aplicación de esta teoría –determinadas, en gran medida, por la formulación imprecisa que, en 1989, se hizo de la teoría de la falla del servicio presunta y que llevó a que esta se aplicara en casos de responsabilidad por actividades peligrosas⁹–, conforme

9 Al respecto, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, “Responsabilidad del Estado por daños causados

al planteamiento teórico enunciado en 1984 y reiterado hasta hoy, el riesgo excepcional es un fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado, aplicable en los casos en que este desarrolla una actividad que, si bien es lícita, genera la contingencia de daños y dicha contingencia se concreta.

Como en el caso del daño especial, la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la responsabilidad por riesgo excepcional; al demandante no se le exige su prueba y la responsabilidad del demandado no se enerva ni desaparece con la demostración de su ausencia. El demandante debe probar la existencia de una conducta peligrosa del demandado, la concreción de ese riesgo y la causación de un daño, mientras que al demandado solo se le admite la prueba de la causa extraña: fuerza mayor o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, todos entendidos como sucesos imprevisibles e irresistibles para él y, en el caso de la fuerza mayor, además, externos respecto de la actividad desarrollada, en cuanto no deben constituir un riesgo propio de ella.

Conforme a lo expresado, no parece haber distinciones esenciales entre la teoría del riesgo excepcional aplicada en el ámbito de la responsabilidad estatal y la del riesgo aplicada en el ámbito del derecho civil para fundar la responsabilidad de los particulares; en ambos casos se trata de la realización de actividades lícitas que entrañan riesgos imprevisibles e irresistibles para su guardián, que por beneficiarse de su ejercicio, debe reparar el daño que se concreta cuando alguno de tales riesgos se da. Por tal razón, parece innecesario e inadecuado, para explicar el fundamento de la teoría del riesgo excepcional, el recurso al principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, del que da cuenta la sentencia del 2 de febrero de 1984, que en no pocos casos ha propiciado la confusión de los dos regímenes objetivos de la responsabilidad del Estado¹⁰.

II. LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

Las teorías que permiten fundar la obligación de indemnizar determinan la naturaleza de los distintos regímenes de responsabilidad; en ese sentido, per-

por actos violentos de terceros”, en CARLOS BERNAL PULIDO y JORGE FABRA ZAMORA (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudio sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 519-522.

10 Sobre esta observación, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, “Responsabilidad del Estado por...”, cit., p. 522.

miten establecer los elementos estructurales de esta y cómo se distribuyen las cargas para demostrarla en un proceso judicial.

Así, por ejemplo, la teoría de la falla del servicio determina la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetivo, en cuanto, como ya se ha dicho, supone el reproche de la conducta estatal. Si el régimen es de falla probada, el demandante debe demostrar su existencia, además del daño y la relación de causalidad entre aquella y este; si el régimen es de falla presunta, se plantea una sola diferencia: el demandante no está obligado a demostrar la falla del servicio, sino la conducta estatal, cuya ilicitud se presume, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba y a la consecuente posibilidad, para el demandado, de exonerarse demostrando la licitud de su conducta.

Las teorías del daño especial y del riesgo excepcional, en cambio, permiten fundar la responsabilidad objetiva del Estado, dado que ambas parten del supuesto de que la conducta estatal es lícita. Cuando hay lugar a aplicarla, entonces, como también se ha advertido, la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la responsabilidad.

Por ser relevante para el análisis posterior, debe precisarse que las tres teorías exigen que el demandante demuestre el daño sufrido y una relación de causalidad entre la conducta estatal y dicho daño. De estos dos elementos estructurales no prescinden, en ningún caso, los regímenes de responsabilidad, sean subjetivos u objetivos y, en cuanto a la relación de causalidad, es importante precisar que debe configurarse en los términos de la teoría de la causalidad adecuada, acogida por la jurisprudencia nacional¹¹, que solo califica como causa jurídica del daño al antecedente que, a más de ser condición necesaria para su producción, constituye un hecho cuyo resultado era previsible. Su adopción por la ley colombiana, además —como lo advierte la doctrina¹²—, puede deducirse de la atribución a la causa extraña de un efecto liberatorio de responsabilidad.

Ahora bien, ¿cómo se determina, en los casos concretos, cuál es el régimen de responsabilidad cuya aplicación resulta procedente? Si los regímenes de responsabilidad definen cuáles son los elementos estructurales de esta y la distribución, entre las partes de un proceso, de la carga de la prueba respecto

11 Al respecto, pueden consultarse, entre otras sentencias, las proferidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 30 de marzo de 1993, en el proceso ordinario de Martha Lucía Gómez Vélez y otros contra la Sociedad Colombiana de Vigilancia Técnica Convitec Limitada, y por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 19 de julio de 2000, exp. 11842.

12 JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. I, vol. II, Las Presunciones de Responsabilidad y sus Medios de Defensa, 2.^a ed., Edit. Temis, Bogotá, 1986, pp. 245 y 246.

de tales elementos, la respuesta parece clara: el régimen aplicable se determina con fundamento en la ley.

En efecto, la ley procesal—de orden público¹³— regula las cargas probatorias. En Colombia, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso establecen esta regla general: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Será necesario, pues, recurrir a las disposiciones que regulan la responsabilidad, con el fin de identificar en ellas el supuesto de hecho y el efecto jurídico. Para ilustrar este planteamiento, parece útil recurrir, inicialmente, a dos normas disímiles del Código Civil.

El artículo 2341 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”. En esta norma se identifican claramente el supuesto de hecho, “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro”, y la consecuencia jurídica: “es obligado a la indemnización [...]”. Sin duda, conforme a los artículos procesales 167 y 177 citados, el demandante que pretenda que se declare la responsabilidad del demandado, esto es, que está obligado a indemnizar, debe probar que este realizó una conducta dolosa o culposa, que aquel—el demandante— sufrió un daño y que existe una relación de causalidad entre aquella conducta y este daño. Estos son los elementos contenidos en el supuesto de hecho. La norma consagra, entonces, un régimen de responsabilidad subjetivo de culpa probada.

13 El artículo 6.º del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 2.º de la Ley 794 de 2003, establecía: “*Observancia de normas procesales.* Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. // Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”.

En el mismo sentido, el artículo 13 del Código General del Proceso prevé: “*Observancia de normas procesales.* Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. // Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. // Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”.

Por su parte, el artículo 2354 prevé: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”. A pesar de que esta norma tiene una redacción más compleja, de ella se deduce claramente, también de acuerdo con los artículos procesales mencionados, que quien demande que se declare que el daño es imputable al demandado, esto es, que es responsable, deberá probar: 1) que este tenía un animal fiero, del que no reportaba utilidad para la guarda o servicio de un predio; 2) que él –el demandante– sufrió un daño y 3) que dicho daño fue causado por el animal. No está obligado, entonces, el demandante, a probar la culpa del demandado. Y que esta no constituye un elemento estructural de la responsabilidad, ni siquiera presunto, resulta evidente no solo de la referencia normativa llana a que alguien tenga un animal fiero del que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, sino de la aclaración en el sentido de que: “[...] si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”; dicho de otro modo: la prueba de la ausencia de culpa no permite la exoneración. La norma consagra, entonces, un régimen objetivo de responsabilidad¹⁴.

14 Mediante la sentencia del 6 de abril de 1989, exp. 1887, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad de la expresión “y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”. Consideró la corporación que el artículo 2354 del Código Civil establecía una presunción de culpa *iure et de iure*, esto es, no desvirtuable. En su aclaración de voto, los magistrados Héctor Marín Naranjo y Hernán Guillermo Aldana advierten que tal afirmación se funda en una argumentación contradictoria y se duelen de que la Corte no hubiera llamado a “las cosas por su nombre”, aceptando que la responsabilidad prevista en dicho artículo es claramente objetiva. La observación de los magistrados Marín y Aldana es irrefutable: si el demandante no tiene que probar la culpa del demandado y este no puede exonerarse probando su ausencia, evidentemente, la culpa no entra en juego para la determinación de la responsabilidad. Debe advertirse que, por sentencia del 23 de mayo de 2012, exp. 22592, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado inaplicó la expresión “y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído” contenida en el artículo 2354 del Código Civil, por considerarla contraria a los artículos 28, 29 y 229 de la Constitución de 1991, “que establecen los derechos fundamentales de defensa, al debido proceso y de acceso efectivo a la administración de justicia, como quiera que el demandado tiene el derecho, al ser un régimen objetivo de responsabilidad, a contestar la demanda, controvertir y contradecir los medios probatorios, así como demostrar la configuración de una circunstancia exonerativa de responsabilidad”. Consideró el Consejo que, como la norma no se estructura sobre la culpa, la expresión aludida “restringe la posibilidad del demandado de acreditar que el daño, por ejemplo, le fue externo, imprevisible e irresistible, y que, por consiguiente, no le era posible evitarlo. En esos términos, la responsabilidad se convertiría, aquí sí, en una de tipo automático respecto de la cual no operaría forma de exonerarse lo cual deviene inadmisibles”. Puede observarse que la interpretación de la norma efectuada por el Consejo de Estado –al margen de los

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, el fundamento normativo esencial se encuentra hoy en el inciso 1.º del artículo 90 de la Constitución Política, según el cual “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Esta norma incluye en su supuesto de hecho, como elementos estructurales de la responsabilidad, la conducta estatal —cuando se refiere a la acción o la omisión de las autoridades públicas—, el daño antijurídico y la relación de causalidad existente entre aquella y este. Ahora bien, el artículo 90 no califica la conducta estatal, pero precisa que el Estado responde por los daños antijurídicos “que le sean imputables”. Dado que la norma ha hecho referencia a la causalidad de modo separado, parece claro que con esta expresión alude al fundamento de la responsabilidad, que, en los términos utilizados por la doctrina española, corresponde al título de imputación, que determina el régimen aplicable¹⁵. No define, sin embargo, cuáles son los regímenes o títulos de imputación aplicables.

Puede afirmarse, entonces, que la disposición constitucional no resuelve el problema del régimen de responsabilidad, de modo que el juez, en los casos concretos, deberá investigar cuál resulta procedente. Ello no significa, sin embargo, que pueda definirlo a su antojo, dado que el deber de responder, como obligación del Estado, no puede carecer de sustento normativo. En ese sentido, en la sentencia de la Sección Tercera del 19 de abril de 2012 (exp. 21515), se afirmó:

En lo que refiere al derecho de daños [...], se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación *que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar*. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, *desde una perspectiva constitucional y legal*, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. (Bastardilla fuera de texto).

comentarios críticos que pudiera merecer— no desconoce el carácter objetivo de la responsabilidad en ella regulada.

15 Puede consultarse, al respecto, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Bogotá-Lima, Edit. Temis-Palestra, 2008, pp. 372-385.

De acuerdo con lo expresado y, en lo que se refiere a las razones jurídicas mencionadas por el Consejo de Estado, el régimen, fundamento o título de imputación aplicable resultará, en la generalidad de los casos, de los elementos previstos en el supuesto de hecho de la norma respectiva. En otros casos, resultará de la carga probatoria expresamente asignada en una disposición, o de la naturaleza –de medio o de resultado– de la obligación prevista en el ordenamiento. Puede considerarse, incluso, que podrá resultar del desarrollo válido que la doctrina y la jurisprudencia hayan realizado, en materia de responsabilidad patrimonial, de un principio constitucional. El juez, por supuesto, deberá determinar, además, cuál es la disposición que rige la situación fáctica sometida a su consideración, haciendo el correspondiente proceso de subsunción; estas serían las razones fácticas a las que alude la corporación en la sentencia citada.

Hace veinte años la misma Sección Tercera del Consejo de Estado hizo referencia al fundamento normativo de los distintos títulos de imputación. Así, en la sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118), expresó:

[...] mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2.º del artículo 90 de la C. N. y en el 77 del C. C. A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n.º 9, y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P. P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.

Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y *el título jurídico de imputación*¹⁶. (Bastardilla fuera de texto).

16 Este planteamiento del Consejo de Estado fue acogido por la Corte Constitucional en la senten-

Dada la importancia de este pronunciamiento y su relación directa con la justificación de los regímenes de responsabilidad, parece necesario hacer una revisión de algunos de los títulos de imputación (fundamentos) a los que aquel hace referencia.

Allí se expresa que en la responsabilidad extracontractual la falla del servicio es el título de más frecuente aplicación. Aunque no se indica en el párrafo citado cuál es la norma en que se funda, sin duda esta corresponde al artículo 2.º de la Constitución Política, que, además de identificar los fines esenciales del Estado, reitera en esencia el contenido del artículo 16 de la Constitución de 1886¹⁷ que, como se sabe, constituyó la fuente normativa que sirvió a la jurisprudencia para construir una teoría de la responsabilidad estatal autónoma sobre bases de derecho público, antes que se consagrara en el artículo 90 de la Carta de 1991 una verdadera regla de responsabilidad. Dispone dicho artículo 2.º:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Conforme a lo indicado por el Consejo de Estado en la sentencia del 30 de marzo de 1990, citada, la falla del servicio puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones generales consagradas en esta disposición o de una obligación precisa prevista en una norma específica. Este es el caso de otros eventos mencionados en la sentencia de 1995 ahora comentada: 1) los del error jurisdiccional y del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, que no dejan

cia C-333 del 1.º de agosto de 1996, por la cual se controló la exequibilidad de una expresión del artículo 50 de la Ley 80 de 1993.

17 El artículo 16 de la Constitución de 1886 establecía: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

de constituir fallas del servicio —en cuanto suponen la violación de normas que rigen la expedición de decisiones judiciales y la realización de actividades administrativas— por el hecho de que la responsabilidad, en estos eventos concretos, se encuentre regulada en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, y 2) el de la inexecutable de la ley, que supone la violación de la Constitución —ley de leyes— y, cuando genera daños, puede dar lugar a la reparación. Incluso, puede decirse que constituye una falla del servicio la violación de las reglas de interpretación de las disposiciones contractuales previstas en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993¹⁸, a la que también se refiere la sentencia de 1995, porque, dicho sea de paso, la falla del servicio no constituye un fundamento exclusivo de la responsabilidad extracontractual, sino también de la contractual.

En cuanto al sustento normativo de la teoría del daño especial, en la sentencia del 8 de mayo de 1995 se indica que corresponde al artículo 13 de la Constitución Política, que consagra el principio de igualdad, lo cual parece acertado, si se tiene en cuenta que según aquella teoría, el deber de reparar se funda de manera directa, precisamente, en la ruptura de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, que constituye un cariz de aquel principio que ha permitido su desarrollo particular en el ámbito del derecho público. Este entendimiento se confirma a partir de la revisión de los casos específicos de responsabilidad por daño especial regulados expresamente, que se refieren a la expropiación, al establecimiento de monopolios y a la reserva de actividades estratégicas o servicios públicos, previstos en las constituciones de 1986¹⁹ y de

18 Esta norma establece: “Art. 28. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

19 De la Constitución de 1886 resultan relevantes los artículos 30, 31 y 33, cuyo texto era el siguiente: “Artículo 30. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. // La propiedad es una función social que implica obligaciones. // Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. // Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

“Artículo 31. Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido

1991²⁰, que dan cuenta de la adopción de decisiones que pretenden, de manera directa, garantizar el interés general que, en cuanto causan daños graves a un

plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. // Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley. // Solo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación”.

“Artículo 33. En caso de guerra y solo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial, y no ser previa la indemnización. // En el expresado caso la propiedad inmueble solo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. // La nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”.

- 20 De la Constitución de 1991 resultan relevantes los artículos 58, 59, 336 y 365, cuyo texto es del siguiente tenor: “Artículo 58. Modificado por el art. 1.º del Acto Legislativo n.º 01 de 1999. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. // La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. // El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. // Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

“Artículo 59. En caso de guerra y solo para atender a [*sic*] sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. // En el expresado caso, la propiedad inmueble solo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a [*sic*] las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. // El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”.

“Artículo 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. // La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. // La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental // [...]”.

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades

grupo de personas o a una persona en particular, dan lugar al surgimiento de la obligación de reparar a cargo del Estado²¹. Estas normas constituyen eventos especiales en los que el constituyente ha desarrollado el principio de igualdad en el ámbito del derecho público, desde una de las perspectivas propias de este: el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas. Puede considerarse que su utilización como fundamento de la responsabilidad patrimonial en otros eventos en los que tal equilibrio se afecta de la misma manera constituye, en ese sentido, una aplicación válida de la norma constitucional hecha por el juez.

En ese sentido, en el fallo del 13 de septiembre de 1991, también citado con anterioridad, se había expresado:

El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas se acentúa de manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Por último, en la sentencia del 8 de mayo de 1995 analizada se expresa que el título de imputación puede ser también el riesgo excepcional, “establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año”. Aunque esta afirmación merece un análisis más profundo —que se ha hecho en un trabajo anterior, al cual se remite²²—, debe anotarse, desde ahora, que aquella se

estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

- 21 Precisamente, en el fallo inaugural del 29 de julio de 1947, ya citado, se presentó como ejemplo de la responsabilidad fundada en el daño especial, entre otros casos, aquel en que “el Estado para la ejecución de una obra expropia un inmueble de propiedad particular”.
- 22 MARÍA CECILIA M' CAUSLAND, “Responsabilidad del Estado por...”, cit., pp. 513-588. En este ensayo se sostiene la tesis según la cual “la responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de daños causados por actos violentos de terceros no puede fundarse en la teoría del daño especial. Dicha responsabilidad se configura, claramente, cuando se demuestra la existencia de una acción u una omisión ilícitas del Estado a las cuales sean imputables esos daños y, en algunos eventos específicos [...], cuando el Estado, a pesar de haber obrado lícitamente, creó conscientemente el riesgo de que tales terceros actuaran. Así, el fundamento de la responsabilidad solo podría encontrarse en la falla del servicio o en el riesgo excepcional”. *Cfr.* p. 516. Para demostrar esta tesis se incluye en el ensayo, entre los aspectos relevantes de la argumentación, la crítica al recurso al principio constitucional de solidaridad para fundar la teoría del daño especial. *Cfr.* pp. 553-559.

sustenta en la frecuente, pero improcedente, confusión de los conceptos de solidaridad y responsabilidad y, en consecuencia, en el recurso indebido a aquella para fundar esta. En efecto, las normas de 1993 mencionadas por el Consejo de Estado, que se refieren a los atentados terroristas, no pretendieron regular la responsabilidad del Estado, esto es, la obligación a cargo de este de indemnizar el daño sufrido por las víctimas de los terroristas, dado que la imputación de dicho daño a aquel —elemento estructural de la responsabilidad, conforme al artículo 90 constitucional— no constituye un presupuesto para aplicar tales normas. Por medio de ellas se establece, en desarrollo del principio de solidaridad, una política legislativa para proteger a las personas que resultan afectadas por un acto ilícito, que en la mayoría de los casos resulta atribuible a un tercero y no al Estado²³.

Tampoco parece apropiado considerar, como lo hizo el mismo Consejo de Estado en la sentencia del 2 de febrero de 1984, que el sustento normativo de la teoría del riesgo excepcional estaba en el artículo 16 de la Constitución de 1886, cuyo texto, como se ha indicado, se encuentra recogido hoy en el artículo 2.º de la Carta de 1991. Si aquella norma se refería a las obligaciones generales de las autoridades de la República y esta, además, a los fines esenciales del Estado, la responsabilidad declarada con apoyo en ambas supondría, según el caso, desconocer tales fines o violar dichas obligaciones, de modo que no podría

23 Un fallo expedido hace más de setenta años por el mismo Consejo de Estado da cuenta del correcto entendimiento de la distinción entre solidaridad y responsabilidad. En efecto, en la sentencia del 23 de junio de 1939, en el proceso del general Julio Berrío París contra la Nación—Ministerio de Hacienda y Crédito Público se analizó el contenido de la Ley 100 de 1938, por la cual se le dieron facultades temporales extraordinarias al presidente de la República para dictar las disposiciones necesarias para auxiliar a las personas lesionadas y a los deudos de las fallecidas por causa del siniestro aéreo ocurrido en el campo de Santa Ana el 24 de julio de 1937 y para determinar quiénes debían recibir los auxilios y la cuantía de tales auxilios, sin que ello implicara, según allí se previó, reconocimiento ni desconocimiento de derechos de los damnificados a exigir indemnización del Estado, no obstante lo cual la cantidad recibida como auxilio se imputaría en favor del Estado en caso de litigio. Se precisó, entonces, reiterando lo expresado por la corporación en un caso similar, que “[...] el pensamiento del legislador fue muy claro en el sentido de que los auxilios decretados por la Ley 10 de 1938 *no obedecían al concepto de indemnización debida por el Estado, sino a la prestación de una asistencia pública, que se acomoda muy bien al deber social que consagra el artículo 16 del Acto Legislativo número 1.º de 1936*”. (Bastardilla fuera de texto). Debe recordarse que este artículo estableció: “La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”.

fundarse más que en la falla del servicio, que constituye un título antitético al de la responsabilidad sin falta²⁴.

Ahora bien, desde esta misma sentencia del 2 de febrero de 1984, el Consejo de Estado ha hecho una formulación equívoca de la teoría del riesgo excepcional, en cuanto ha indicado que su fundamento se encontraría, como en el caso del daño especial, en el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas; ello parece reconducir su sustento, entonces, hacia el artículo 13 de la Constitución Política. Como ya se ha dicho en este ensayo, este planteamiento ha propiciado la confusión de los dos regímenes objetivos de la responsabilidad del Estado.

En un trabajo anterior, al respecto, se ha expresado:

Si bien la doctrina [*cfr.*, G. Teissier, P. Tirard, P. Duez, A. De Laubadère y M. Rougevin-Baville, citados por Ramiro Saavedra, y una posición crítica de este al respecto, en *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 429-431] y la jurisprudencia [*cfr.*, entre otros pronunciamientos, la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de febrero de 1989, exp. 4655] han considerado que este principio es siempre el fundamento mediato de la responsabilidad del Estado, al margen del régimen que resulte aplicable, debe tenerse en cuenta que su valora-

24 En el fallo del 2 de febrero de 1984 se expresó: “Pero el que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada. Si ocurrió el perjuicio y si está establecido además, que su causa directa fue la caída de un cable de energía de la Administración, esta debe responder: así lo indican el artículo 16 de la Constitución[,] que establece como uno de los fundamentos del Estado la protección de la vida, honra y bienes de los asociados así como el cumplimiento de los deberes sociales del Estado [...]”. En un trabajo anterior se ha observado sobre este texto lo siguiente: “Es fácil advertir, en este párrafo, la pretensión de justificar normativamente el régimen de riesgo excepcional, recurriendo para ello al artículo 16 de la Constitución Política de 1886, dada la ausencia, antes de la Carta de 1991, de una disposición que consagrara una regla general de responsabilidad del Estado. Sin embargo, es claro que solo el régimen de falla del servicio podía encontrar un fundamento válido en esa norma, a menos que se considerara que la obligación en ella atribuida a las autoridades de la República de proteger a los residentes en Colombia en su vida, honra y bienes fuera de resultado, lo cual es totalmente improcedente y a ello se ha referido la jurisprudencia en muchas ocasiones, aludiendo al concepto de relatividad de la falla del servicio, mejor designado como relatividad de la obligación general de las autoridades públicas [*Cfr.*, entre otras, la sentencia del 10 de agosto de 2000, exp. 11585]. Cuando el daño constituye, en cambio, la concreción de un riesgo creado por el Estado en el desarrollo lícito de sus funciones, el cumplimiento del artículo 16 resulta irrelevante para la exoneración de responsabilidad”. MARÍA CECILIA M’CAUSLAND, “Responsabilidad del Estado por...”, cit., p. 523.

ción para la atribución de esta solo se produce, efectivamente, cuando se trata de la aplicación del régimen de daño especial [...] ²⁵.

Para abundar en argumentos, puede agregarse ahora que, cuando se considera procedente aplicar la teoría del riesgo excepcional, se está ante una actuación que tiene una condición particular, en cuanto su ejercicio lícito entraña riesgos, esto es, la contingencia de causar daños, que se concretaron, y es tal condición de la actividad la que justifica la atribución de responsabilidad a su guardián. Puede concluirse, entonces, que el riesgo –y no el principio de igualdad– constituye el elemento esencial del análisis.

No se desconoce, por supuesto, que cuando el Estado ejerce actividades peligrosas lo hace en desarrollo de sus funciones, y que estas siempre deben desarrollarse en aras de lograr los fines de aquel. No se trata en este caso, sin embargo, como sí ocurre cuando hay lugar a la aplicación del daño especial, de una actividad expresa y específicamente realizada con el objetivo inmediato de garantizar el interés general, que solo genera la obligación de indemnizar cuando causa un daño colateral cuya gravedad rompe el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas. La actividad peligrosa bien puede desarrollarse con tal objetivo o con el solo fin de facilitar la acción estatal ordinaria; por ejemplo, en el caso de la conducción de un vehículo automotor, solo se busca que un funcionario estatal se traslade de un lado a otro, en un tiempo razonable conforme al avance logrado por el hombre en el ámbito de los medios de locomoción. Pero, además, se insiste, el elemento central del análisis no está constituido por el solo desarrollo de determinada actividad, sino por su carácter peligroso, lo que explica que el daño resultante de su concreción deba siempre repararse, sea grave o no, salvo prueba de la causa extraña, y, además, que como tal no se cuenten los hechos imprevisibles e irresistibles para el guardián de la actividad peligrosa, que, sin embargo, constituyen riesgos propios de ella, según lo han precisado tanto la jurisprudencia civil como la contencioso-administrativa ²⁶.

Un antecedente importante que parece considerar el carácter esencial y definitivo del elemento riesgo se encuentra en la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia del 18 de abril de 1939, en la

25 Sobre esta observación, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, "Responsabilidad del Estado por...", cit., p. 522.

26 *Cfr.*, entre muchas otras sentencias, la de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 26 de junio de 2003, exp. C-5906, y la de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de septiembre de 2001, expedientes acumulados 13232 y 15646.

que, siguiendo la tendencia de la época en el sentido de aplicar analógicamente las normas del Código Civil para fundar la responsabilidad del Estado, se citó el artículo 2356 de este estatuto como sustento de la decisión de declarar a la Empresa del Cable Aéreo del Norte, de propiedad del departamento de Caldas, responsable de los perjuicios sufridos por la señorita Inés Zuluaga en el accidente ocurrido el 6 de noviembre de 1933, y condenar a aquella entidad territorial a pagar el valor de dichos perjuicios. Se expresó en esta sentencia:

De acuerdo con la noción de riesgo inherente a determinadas empresas por peligrosidad que ellas ofrecen, la Corte en numerosos fallos ha sentado la doctrina de que existe una presunción de culpabilidad en contra de tales empresas, según el artículo 2356 del C. C., la cual no puede desvirtuarse sino con la demostración plena de que el hecho ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito, imprevisible e inevitable.

Se advierte con facilidad que, si bien se alude a una presunción de culpabilidad, se aplica una típica responsabilidad objetiva, en la medida en que aquella no podría desvirtuarse con la prueba de la ausencia de culpa, sino solo de la causa extraña.

Más tarde, cuando la competencia general para conocer las controversias de responsabilidad contra los organismos públicos ya se le había asignado al Consejo de Estado por el Decreto 528 de 1964, la Sección Tercera de esta corporación profirió la sentencia del 28 de junio de 1967, en la que expresó:

Cuando se trata de establecer una responsabilidad dentro de aquellas actividades contempladas en el artículo 2356 del Código Civil, a la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; es al demandado —en este caso la Nación— a quien incumbe probar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima o por fuerza mayor o caso fortuito.

En esta sentencia, además, se precisó, siguiendo los planteamientos del profesor Arturo Valencia Zea, que la causa extraña constituye

un acontecimiento extraño a la actividad peligrosa, producido desde fuera por fuerzas naturales o por actos de terceras personas, acontecimiento que, según la experiencia humana corriente, es imprevisible y cuyo efecto dañoso no puede evitarse tomando las medidas de precaución que racionalmente puede tomar un hombre diligente.

En el caso concreto, se consideró imputable a la Nación el daño sufrido por un ciudadano como consecuencia de la explosión de una bomba de gases lacrimógenos lanzada por miembros de la Policía Nacional que pretendían controlar tumultos protagonizados por estudiantes. Debe advertirse, sin embargo, que a pesar de haberse hecho referencia a la responsabilidad por objetiva fundada en el riesgo, con fundamento en el análisis de la prueba, se concluyó que hubo un evidente exceso en la ejecución de las medidas policiales, lo que configuró una falla del servicio. Así, este fallo parece constituir una muestra clara de lo observado en la sentencia también expedida por la Sección Tercera del Consejo del Estado el 28 de octubre de 1976 (exp. 1482), en el conocido caso del Banco Bananero del Magdalena, en el sentido de que la responsabilidad por riesgo no la había reconocido en esa época la jurisprudencia contencioso-administrativa y que cuando de manera tangencial se había hecho referencia a ella, su objetivo era poner de relieve la existencia de una falla del servicio.

Ahora bien, no es este el escenario para emprender un estudio minucioso del artículo 2356 del Código Civil y sus complejidades. Baste decir aquí que en ella han encontrado la doctrina y la jurisprudencia civil colombianas la fuente de una responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de actividades peligrosas o de riesgo, que supone aplicar un régimen denominado de formas distintas, según el cual al demandante no se le impone la carga de probar la culpa del demandado y a este solo se le admite, para excluir su obligación de indemnizar, la prueba de la causa extraña²⁷. Conforme al entendimiento del Consejo de Estado, tal régimen sería de carácter objetivo.

Teniendo en cuenta lo ya expresado en este ensayo, en el sentido de que el planteamiento doctrinal de la teoría del riesgo excepcional, que permite fundar la responsabilidad del Estado, no se distingue del de la teoría del riesgo en la que

27 *Cfr.*, MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA, “La teoría de del riesgo y la responsabilidad civil”, en *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 199 y ss.; FABRICIO MANTILLA ESPINOSA y CARLOS PIZARRO WILSON, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho – estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo–*, t. 1, Medellín, Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado (Iarce)-Universidad Pontificia Bolivariana-Pontificia Universidad Javeriana-Biblioteca Jurídica Díké, 2011, pp. 331 y ss. Igualmente, entre muchas otras sentencias, las de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938; del 8 de mayo de 1969; del 22 de febrero de 1995, exp. 4345; del 24 de agosto de 2009, exp. 11001-3103-038-2001-01054-01; del 3 de mayo de 2010, exp. 4700131030032005-0611-01, y del 17 de mayo de 2011, exp. 25290-3103-001-2005-00345-01.

se ha sustentado la responsabilidad de los particulares²⁸, puede considerarse que aquella, como título de imputación, podría encontrar una fuente normativa válida, aun hoy, en el artículo 2356 del Código Civil. Dado que el Estado, como los particulares, desarrolla en ocasiones actividades lícitas pero peligrosas, en cuanto entrañan riesgos que pueden concretarse en daños —ejemplos de las cuales son el manejo de armas, el uso de explosivos, la construcción, la conducción de vehículos automotores— y que no existe una norma de derecho público que regule los eventos en que tales daños se producen, nada se opondría a su aplicación analógica en el ámbito de la responsabilidad estatal.

La importante decisión del Consejo de Estado, adoptada desde 1960, de fundar la responsabilidad del Estado en normas de derecho administrativo, sin recurrir al Código Civil, atendiendo a que aquel y este regulan materias distintas, persiguen diversos fines y están, por ello, en planos diferentes²⁹, no parece ser suficiente para impedir la aplicación analógica eventual de algunas normas del derecho civil en caso de vacío. Por lo demás, tal aplicación se ha hecho sin inconvenientes, por ejemplo, para definir aspectos de la responsabilidad patrimonial no regulados en la Constitución y en el Decreto 01 de 1984, como la intervención de las causas extrañas, para lo cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha recurrido a los artículos 64, 2344 y 2357 del Código Civil³⁰.

28 La doctrina española entiende justificada la responsabilidad del Estado fundada en el riesgo en las mismas consideraciones tomadas en cuenta en el ámbito del derecho civil. En ese sentido, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, pp. 382-384, expresan: “La titularidad de la empresa administrativa justifica, también, la imputación a la administración de los daños resultantes del riesgo creado en interés —no necesariamente económico— de la misma, con independencia, pues, de toda culpa, objetiva o subjetiva”. Estos autores, además, al igual que nuestro Consejo de Estado, consideran aplicables, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, la distinción propia del derecho civil entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.

29 *Cfr.* la sentencia del Consejo de Estado del 30 de septiembre de 1960, en la que se expresó que mientras el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas y tiene como fin inmediato el interés de los individuos, que están en un plano de igualdad, el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares administrados y tiene por objeto satisfacer las necesidades colectivas o públicas, para cuyo logro aquellas gozan de especiales prerrogativas.

30 Un ejemplo se encuentra en las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 25 de mayo de 2000, exp. 11253; del 22 de junio de 2001, exp. 13233, y del 9 de junio de 2005, exp. 15260. Debe advertirse que en la Ley 1437 de 2011, por la que se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se reguló el evento específico de la intervención concurrente de entidades públicas y particulares en la causación del daño, con lo cual se habría llenado parcialmente el vacío existente en las normas de derecho público sobre

III. EVENTOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Si bien ha planteado reiteradamente la jurisprudencia nacional que la falla del servicio constituye el régimen general de la responsabilidad del Estado y que los regímenes objetivos son de aplicación excepcional, la jurisprudencia más reciente permite afirmar que asistimos a una época en que esta ha extendido sus confines. El objeto de este acápite –que no tiene pretensiones exhaustivas– es estudiar algunos de los casos más representativos que no solo dan cuenta de este hecho, sino del recurso indebido a tales regímenes objetivos.

A. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR EL DAÑO SUFRIDO POR LOS RECLUSOS

La posibilidad de aplicar un régimen de responsabilidad objetivo en casos de perjuicios sufridos por reclusos ha sido admitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples sentencias, para lo cual –después de superarse la tesis inicial que aludía a la existencia de un depósito necesario de personas³¹– se ha afirmado que existe una obligación de resultado frente a la seguridad de aquellos³² y, más recientemente, se ha considerado aplicable la teoría del daño especial³³ o se ha hecho referencia, simplemente, a la existencia de relaciones de especial sujeción³⁴. En otras sentencias, sin embargo, se ha manifestado que el incumplimiento de la obligación de resultado permite configurar la falla del

el tratamiento de los casos de concurrencia causal de un tercero en la producción del daño. Al respecto, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, “Comentario al artículo 140 del CPACA”, en JOSÉ LUIS BENAVIDES (ed.), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 317-321.

- 31 Un ejemplo de las sentencias en las que se sostuvo esta tesis es la proferida el 21 de agosto de 1981, exp. 2750.
- 32 *Cfr.*, entre otras, las proferidas el 24 de junio de 1998, exp. 10530; el 24 de junio de 2004, exp. 14950, y el 27 de abril de 2006, exp. 20115.
- 33 *Cfr.*, entre otras, las expedidas por la Sección Tercera el 9 de junio de 2010, exp. 19849; por la Subsección B de dicha sección el 20 de noviembre de 2013, exp. 29774, y por la Subsección C de la misma sección el 24 de julio de 2013, exp. 26250.
- 34 *Cfr.*, entre otras, las sentencias de la Sección Tercera del 20 de febrero de 2008, exp. 16996; del 26 de mayo de 2010, exp. 18800; del 28 de agosto de 2014, exp. 28832; de la Subsección A de dicha sección del 26 de febrero de 2014, exp. 18125, y de la Subsección C de la misma sección del 12 de junio de 2014, exp. 36740.

servicio³⁵, y también se ha adoptado en otros pronunciamientos una posición distinta, en el sentido de que el régimen aplicable es siempre el de falla del servicio por el incumplimiento de las obligaciones estatales, que no se califican como de resultado³⁶.

Se analizará, de manera particular, la postura según la cual la responsabilidad, en los casos indicados, es objetiva y encuentra fundamento en la teoría del daño especial; para ello se analizará la sentencia del 9 de junio de 2010, de la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 19849), por la cual se resolvió de forma favorable sobre la demanda instaurada por un recluso de la Penitenciaría Nacional de San Isidro (Popayán) y sus familiares, en la que se solicitó la reparación de los perjuicios sufridos por todos ellos como consecuencia de las graves heridas causadas al actor con arma de fuego dentro de dicha penitenciaría, en medio del enfrentamiento armado que se presentó entre los guardias y un grupo de reclusos amotinados.

Con fundamento en las pruebas practicadas, el Consejo concluyó que no se probó la participación de la víctima en el motín, ni que sus heridas hubieran sido causadas por otros reclusos. Después de presentar extensas citas de doctrina sobre las relaciones de especial sujeción, por una parte, expresó que en los eventos en que la autoridad carcelaria incumplía un deber específico y ello llevaba a configurar una falla del servicio, surgía para los perjudicados el derecho a la reparación, y por otra, se preguntó “[...] si debe considerarse que la pérdida de la vida y la afectación de la integridad personal de un recluso, sin que medie el incumplimiento de una obligación administrativa, debe considerarse o no un efecto esperado de esas relaciones de especial sujeción, es decir[,] una carga soportable por quienes se encuentran privados de la libertad”; en otros términos, “[...] si la carga impuesta en el ejercicio de una actividad legítima de la Administración, en este caso la imposición de relaciones de especial sujeción a quienes se encuentran privados de la libertad, admite asumir, por parte de esos sujetos, la afectación eventual de sus derechos a la vida y la integridad personal”. El Consejo concluyó que la respuesta era negativa, dado que el Estado asume el papel de garante, conforme al artículo 2.º de la Constitución Política, y que en tales casos “es admisible la aplicación del régimen de daño especial”.

Puede advertirse en este planteamiento un salto argumentativo y una contradicción. Lo primero, porque las preguntas formuladas no toman en cuenta

35 *Cfr.*, entre otras, la sentencia de la Sección Tercera del 17 de junio de 1998, exp. 10650.

36 *Cfr.*, entre otras, la sentencia de la Sección Tercera del 23 de abril de 2008, exp. 16186.

que la forma en que ocurren los hechos es definitiva para establecer, en los casos concretos, los elementos estructurales de la responsabilidad que se refieren a la causalidad y la imputación. Así, la sola condición de reclusión impuesta por el Estado y la existencia de un daño no serán suficientes, en ningún caso, para considerar configurados estos elementos. Lo segundo, porque el artículo 2.º de la Constitución –que, como se ha advertido, recoge el texto del artículo 16 de la Carta de 1886– solo puede servir de fundamento al régimen de falla del servicio y no a un régimen objetivo, como lo es el de daño especial, a menos que –como también se ha observado– se partiera de un concepción errónea según la cual la obligación en ella atribuida a las autoridades de la República de proteger a los residentes en Colombia en su vida, honra y bienes es de resultado.

En cuanto a la procedencia de la aplicación del régimen de daño especial en el caso concreto, expresa el Consejo de Estado que sería contrario a la equidad considerar que la cuadrupleja del demandante causada por las lesiones sufridas “sea una carga que debe soportar, por tratarse de un efecto esperado de la relación de especial sujeción a la que estaba sometido, por su condición de recluso”. Agrega que la afectación de su integridad personal es un “daño excepcional y anormal que la víctima no está en el deber jurídico de soportar” y que “sin duda, se configura un desequilibrio ante las cargas públicas, de acuerdo con el cual debe declararse la responsabilidad de la Administración bajo el régimen del daño especial”.

La confusión de los conceptos de daño especial y daño antijurídico que puede observarse en este razonamiento³⁷ lleva al Consejo de Estado a soslayar el análisis de la imputación, que entiende, entonces, configurada, con la sola demostración de la afectación sufrida por el demandante. Tal imputación, por lo demás, no podría encontrar sustento, en el caso planteado, en el aludido régimen objetivo, sino en la falla del servicio de la Administración.

37 En un trabajo anterior se ha expresado, respecto de esta confusión, común en la jurisprudencia y la doctrina: “Mientras el daño antijurídico alude a aquellas afectaciones negativas sufridas por una persona que no está en la obligación de soportarlas, porque ninguna norma se lo impone, y constituye un elemento estructural de la responsabilidad en cualquiera de los regímenes –subjetivos y objetivos– que permiten fundarla, el daño especial constituye un elemento particular del régimen identificado con el mismo nombre y supone que una persona o un grupo de personas sufre una afectación como consecuencia de una acción u omisión lícita del Estado, cuyo fin es el beneficio de la comunidad en general; en ese sentido, el carácter especial del daño permite verificar la existencia de la ruptura del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas”. M'CAUSLAND, “Responsabilidad del Estado por...”, cit., pp. 548, 549.

Al respecto, es acertado el planteamiento de la aclaración de voto de la magistrada Ruth Stella Correa, que considera que la situación de especial sujeción en la que se encuentran los reclusos frente al Estado genera para este deberes especiales de protección y seguridad, y es, precisamente, la causación de un daño por el incumplimiento de ellos lo que permite configurar la responsabilidad del Estado. Agrega la magistrada Correa: “[...] ello no significa que el análisis de la responsabilidad se agote en la demostración del daño. Es necesario (sic), en todo caso, la demostración del incumplimiento de esos especiales deberes de protección a cargo del Estado”, y “[...] en el caso concreto, es evidente que el hecho de que los reclusos se enfrentaran a los guardias de la prisión utilizando armas contundentes, cortopunzantes, de fuego y elementos explosivos, revela una evidente falla en la prestación de los servicios de vigilancia y custodia de los reclusos a cargo de la Administración penitenciaria”.

Las circunstancias en que se produjeron las heridas del recluso demandante, a las que se refiere la magistrada Correa, no las toma en cuenta la mayoría de la Sala, a pesar de que son esenciales para configurar en el caso concreto, por una parte, la relación de causalidad, y por otra, la imputación. En efecto, con apoyo en estas circunstancias se establece con claridad que hubo un levantamiento armado de los reclusos, lo que permite inferir que se presentó un incumplimiento del reglamento del establecimiento penitenciario que les prohíbe portar armas y obliga al personal de guardia a evitar que tengan acceso a ellas. De este incumplimiento, además, eran perfectamente previsibles el motín y la reacción también armada del personal del establecimiento y, por tanto, la lesión del demandante que, por su condición de reclusión, no podía siquiera tratar de protegerse alejándose del lugar. Queda así establecida no solo la falla del servicio —que constituye un fundamento subjetivo de la responsabilidad y excluye, por consiguiente, la aplicación de cualquier régimen objetivo—, sino la relación de causalidad adecuada entre esta y el daño.

Sin perjuicio de lo expresado, debe agregarse que la aplicación del régimen de daño especial en casos como el que acaba de presentarse supone una deformación de dicho régimen, puesto que no se analiza, en absoluto, el elemento central de su base doctrinal fundada en el artículo 13 de la Constitución Política, esto es, la realización de una conducta estatal lícita que pretende el beneficio general pero causa un daño grave a una persona o a un grupo de personas, quebrando la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. En palabras de la sentencia del 29 de julio de 1947, citada en el numeral I. A. de este ensayo, este régimen se aplica cuando “en la gestión de sus servicios produce el Estado

a un particular un daño o le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal”.

En ese sentido, en el caso concreto, el Consejo de Estado parece llegar tarde al proceso de imputación, que según se infiere de su planteamiento, solo comenzaría desde la reacción necesaria de los guardias penitenciarios frente al motín de los reclusos, cuando en realidad empieza desde antes, en la medida en que la entidad pública demandada facilitó dicho motín, en virtud del incumplimiento de sus funciones, de modo que se encuentra ausente la licitud de la conducta estatal y demostrada, en cambio, la falla del servicio penitenciario, lo que descarta la configuración del daño especial. Por la misma razón, no podría considerarse que el perjuicio fue causado por razones de interés público y con autorización legal.

B. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR EL DAÑO SUFRIDO POR MENORES DE EDAD

El Consejo de Estado ha subrayado la necesidad de aplicar, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, al artículo 44 de la Constitución Política, según el cual “[I]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” y, con fundamento en él, ha llegado a considerar que cuando la víctima del daño causado es un niño, el régimen de responsabilidad se torna objetivo. Este planteamiento se encuentra en varios pronunciamientos, uno de ellos correspondiente a la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 9 de mayo de 2011 (exp. 36912), que se analizará en seguida³⁸.

En el caso concreto se demostró que un niño de dos años ingirió un cuerpo extraño en un hogar comunitario adscrito al programa Hogares Comunitarios de Bienestar, desarrollado por la comunidad y promovido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y como consecuencia sufrió un ahogamiento parcial que le produjo un paro cardiorrespiratorio y una encefalopatía hipóxica isquémica, esto es, en los términos del fallo, “una parálisis cerebral por ausencia de la llegada de oxígeno a los hemisferios cerebrales”.

Consideró el Consejo de Estado que a pesar de que los organismos privados encargados de administrar los hogares comunitarios cuentan con personería

38 En sentido similar, puede consultarse la sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del 7 de febrero de 2010, exp. 38382, en la que se adopta una posición incluso más exigente, en cuanto se indica que el régimen de daño especial aplicable en tales casos no admite la exoneración de la entidad pública demandada por la configuración de un hecho de tercero o un hecho de la víctima.

jurídica y autonomía administrativa, operacional y financiera, la autorización de su creación, su control e inspección corresponden al ICBF, que, por tanto, se encuentra vinculado con su funcionamiento y supervisión, e incluso puede ordenar su cierre cuando concurren circunstancias que den lugar a ello. Tales hogares, entonces, “se integran al servicio público del Sistema de Bienestar Familiar que se encuentra principalmente a cargo de esa entidad, y que propende por [*sic*] la promoción y protección de las garantías esenciales de los niños y niñas del país”. En ese sentido, agregó que si bien

las madres comunitarias no tienen ningún tipo de vínculo legal o contractual laboral con el instituto [...] son agentes privados en ejercicio de un servicio público en principio a cargo del Estado, en el que este ejerce una exigente y permanente inspección sobre las condiciones de seguridad y protección en que se hallan los niños o niñas que reciben la atención en los hogares comunitarios, en aras de materializar las garantías esenciales contenidas en el artículo 44 superior.

No obstante, el Consejo concluyó que el régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto era el objetivo de daño especial, de modo que la Administración no podría exonerarse demostrando un comportamiento diligente y cuidadoso. Fundó esta conclusión en dos consideraciones: “1) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y 2) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar”. A renglón seguido, se refirió al contenido del mencionado artículo 44 de la Constitución Política y precisó:

Es precisamente esa disposición la que se incorpora al derecho de daños para darle un específico contenido y alcance al servicio de bienestar social, razón por la que *cualquier daño irrogado a niños o niñas cuando están bajo la custodia de ese servicio público esencial es imputable*, prima facie, *bajo los postulados del daño especial*, esto es, una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas. (Bastardilla fuera de texto).

Respecto del caso concreto, consideró que no se probó la existencia de una falla del servicio a cargo del ICBF, “menos en relación con el deber de control y vigilancia que ejerce sobre los hogares comunitarios, como quiera que no se acreditó la forma en que llegó el objeto extraño a las manos del menor lesionado y ni siquiera la naturaleza o material del mismo”, y concluyó: “En consecuencia, la lesión antijurídica deviene imputable a la entidad demandada por que en

ejercicio de una actividad legítima y lícita se irrogó un daño especial y anormal que, se itera, desborda la igualdad ante las cargas públicas”.

Precisó que las normas analizadas sobre las funciones del ICBF respecto de los hogares comunitarios permiten concluir que existe un deber de vigilancia y control a cargo de esta entidad sobre dichos hogares, lo cual posibilitó establecer la legitimación pasiva de esta entidad en el proceso, pero “ello no significa que en el asunto *sub examine* el daño le sea imputable bajo la égida de la falla del servicio por el desconocimiento de esos preceptos”. En efecto, indicó que dicha falla no se estableció y agregó: “En esa perspectiva, el daño es imputable al ICBF porque encontrándose a cargo del servicio público de bienestar social se irrogó una lesión a partir de la prestación de esa actividad de protección; afectación que es anormal y especial respecto a los demandantes y que resquebraja el principio de igualdad ante las cargas públicas [...]”.

Sobre estos planteamientos, pueden formularse varias observaciones.

En primer lugar, ninguna de las dos consideraciones en que funda el Consejo de Estado la aplicación del régimen de daño especial tiene sustento en la base doctrinal de dicha teoría, conforme a la cual, se reitera, el Estado responde cuando, en desarrollo de una conducta lícita que busca el bienestar general, causa un daño anormal a una persona o a un grupo especial de personas que rompe el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas. En efecto, no existe relación entre esta base doctrinal y la condición particular de la víctima, por tratarse de un niño. Tampoco entre tal base doctrinal y la finalidad del servicio público a cargo del ICBF, dado que no se demostró siquiera la realización de una acción de esta entidad, lo cual habría sido necesario para comenzar el análisis respecto de la eventual existencia de una relación de causalidad entre la conducta de la entidad demandada y el daño. Así las cosas, el Consejo incurre, también en este fallo, en un salto argumentativo que deja sin piso su conclusión sobre la configuración de un daño especial en el caso concreto.

En segundo lugar, incurre así mismo en una contradicción. Si la legitimación pasiva del ICBF se fundó en el hecho de que la ley le asignó funciones de inspección, control y supervisión de los hogares comunitarios, su responsabilidad solo podía configurarse en el evento en que se demostrara el incumplimiento de estas funciones respecto del hogar donde ocurrió el hecho, esto, es, una falla del servicio, la cual, además, necesariamente debía tener una relación de causalidad adecuada con el daño, en la medida en que de ella fuera previsible que un niño ingiriera un cuerpo extraño y, por tanto, sufriera lesiones. En otras palabras, la argumentación del Consejo sobre la legitimación en la causa

no permite justificar la responsabilidad de la entidad demandada con apoyo en el régimen de daño especial.

Esta contradicción se explica, tal vez, por el hecho de que, al desarrollar su argumentación, el Consejo de Estado no distingue entre los conceptos de función pública y servicio público³⁹, por lo cual no aborda el estudio de las distintas consecuencias que se derivan del ejercicio de aquella y la prestación de este y, mucho menos, de la particular situación que se presenta cuando el servicio público no lo presta directamente el Estado, sino un particular autorizado, sometido a la vigilancia y control de aquel. La imprecisión resulta evidente cuando afirma que el ICBF se encontraba “a cargo del servicio público de bienestar social” y que “se irrogó una lesión a partir de la prestación de esa actividad de protección”.

Se advierte, entonces, de nuevo, la deformación del régimen de daño especial y, en este caso, además, la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado sin que se encuentren acreditados dos de sus elementos esenciales, la causalidad y la imputación, expresamente establecidos en el artículo 90 de la Constitución.

C. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR OCUPACIÓN PERMANENTE DE INMUEBLES

Desde la citada sentencia del 29 de julio de 1947 —en la que se inauguró la aplicación de la teoría del daño especial en Colombia— hasta hoy, el Consejo de Estado ha reiterado la tesis según la cual la responsabilidad por ocupación permanente de inmuebles se funda en un régimen objetivo de responsabilidad. Así, en aquella sentencia, citando al profesor Carlos García Oviedo, expresó:

La responsabilidad sin falta [...] se plantea siempre que en la gestión de sus servicios produce el Estado a un particular un daño o le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal. Verbigracia, el Estado para la ejecución de una obra expropia un inmueble de propiedad particular, *ocupa ciertos terrenos*, perjudica una finca, desvía unas aguas de que nos aprovechamos, nos impone una prestación; o por motivo de instrucción militar causa daño en nuestra propiedad, etc. De la responsabilidad del funcionario que obró no hay que hablar,

39 Sobre esta distinción, es especialmente ilustrativa la sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 2003.

pues ajustó su conducta a la ley. Pero ¿y el Estado? Deberá responder de estos daños. (Bastardilla fuera de texto).

En fallos posteriores de distintas épocas⁴⁰ se ha precisado, en el mismo sentido, que en estos casos el demandante no está obligado a probar la existencia de una falla del servicio, sino solo su derecho sobre el inmueble y la ocupación realizada por el Estado con fines de utilidad común.

Conforme a lo dispuesto por los artículos 30 y 33 de la Constitución de 1886 y los artículos 58 y 59 de la de 1991, por regla general la expropiación procede por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, y debe ordenarse por sentencia judicial y efectuarse previamente la indemnización del afectado, y excepcionalmente podrá adelantarse por vía administrativa y, en caso de guerra, sin previa indemnización. En cumplimiento de estas disposiciones, el legislador ha expedido los reglamentos respectivos por los cuales se ha establecido el procedimiento para llevar a cabo la expropiación⁴¹.

La ocupación realizada al margen del procedimiento expropiatorio implica, entonces, el incumplimiento de la Constitución y de los mencionados reglamentos; en ese sentido, da cuenta, sin duda alguna, de la incursión en una falla del servicio por la entidad estatal de que se trate. Así las cosas, considerar que el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de ocupación permanente de inmuebles es de carácter objetivo resulta aporético, puesto que los regímenes objetivos suponen que el daño se causa por una conducta lícita imputable al demandado. Las razones de interés social o utilidad común, además, las debe definir el legislador y solo autorizan el sacrificio del derecho particular en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en la Constitución y la ley.

La contradicción no la parece advertir la jurisprudencia. En la sentencia del 12 de noviembre de 1998 (exp. 13531), por ejemplo, la Sección Tercera afirma que “la responsabilidad por ocupación de inmuebles por causa de trabajos públicos [...] constituye un típico caso de responsabilidad objetiva del Estado”, y luego expresa:

40 *Cfr.*, entre otras sentencias del Consejo de Estado, las proferidas por la Sección Tercera el 3 de abril de 1997, exp. 9718; el 12 de noviembre de 1998, exp. 13531; el 4 de diciembre de 2006, exp. 15351, y por la Subsección A el 1.º de octubre de 2014, exp. 33767 y el 28 de enero de 2015, exp. 34170.

41 Tales reglamentos se encuentran en varias disposiciones dispersas, entre las cuales pueden mencionarse la Ley 9.ª de 1989, modificada por las leyes 388 de 1997 y 160 de 1994.

[...] se ha probado que los predios que resultaron afectados por la obra pública tenían legítimos titulares o representantes de estos, *con los cuales la Empresa de Energía de Bogotá tenía la obligación de conseguir un arreglo justo equitativo.*

Por el contrario, sorprende a la Sala la conducta asumida por la Administración, quien [sic] después de haber intentado una negociación directa con el legítimo propietario [...], no materializó ningún acuerdo y de una manera atrabiliaria les desconoció sus derechos, causándoles un evidente desmedro en el patrimonio económico que los actores no estaban obligados jurídicamente a soportar. De tal manera, que al generarse una situación de desigualdad no justificada en las cargas públicas, la Empresa de Energía de Bogotá está llamada a responder administrativamente.

[...] En casos como estos, *el principio de la buena fe al cual está obligada con mayor rigor la administración pública resultó gravemente vulnerado [...]*

En conclusión, la sentencia apelada será revocada y en su lugar se accederá a las pretensiones principales de los actores, *en aplicación del principio de responsabilidad objetiva fundado en la desigualdad de los ciudadanos ante la ley, el desequilibrio de las cargas públicas y por razones de equidad.* (Bastardilla fuera de texto).

Igualmente, en la sentencia del 28 de enero de 2015 (exp. 34170), la Subsección A de la misma Sección Tercera concluye:

Pues bien, las pruebas valoradas indican que tropas de la Armada Nacional que se encontraban vigilando unas torres de comunicaciones instaladas por Telecom en un terreno que este compró en 1973 a la familia Chala, con el paso del tiempo *se desplazaron paulatinamente hacia el predio de propiedad de Ganapez Ltda., al punto que, según el comandante de la Fuerza del Pacífico, la Armada Nacional terminó ocupando siete hectáreas, aproximadamente.*

Se estableció, así mismo, que a pesar de las distintas solicitudes que Ganapez Ltda. hizo a la Armada Nacional para que pagara un canon de arrendamiento, comprara o desalojara el área ocupada, nada de esto ocurrió; por el contrario, *la demandada creó falsas expectativas a los actores, pues, como se vio, les hizo creer todo el tiempo que estaba adelantado las gestiones necesarias para adquirir la parte del terreno ocupado, pero lo cierto es que dicha negociación nunca se concretó.*

[...] Pues bien, *en asuntos como este, en los que el origen o la causa del daño deviene como consecuencia de la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos, o por cualquier otra causa, la jurisprudencia de esta corporación ha*

sentado el criterio según el cual el régimen de responsabilidad aplicable es objetivo, lo que conlleva la declaratoria de responsabilidad cuando se acredite en el proceso que una parte o la totalidad de un inmueble fue ocupada temporal o permanentemente por la Administración o por particulares que actuaron autorizados por ella, pues tal situación denota un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas que no tienen por qué asumir los afectados. (Bastardilla fuera de texto).

Se observa cómo, si bien en los dos casos citados se establece la ilicitud de la conducta estatal, se afirma que el régimen aplicable es de carácter objetivo. La indicación de que este se funda en la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas permite inferir que se alude al régimen de daño especial, con lo cual puede considerarse que se desconoce, además, uno de los requisitos enunciados por el mismo Consejo de Estado, en la sentencia anteriormente mencionada del 13 de septiembre de 1991, para establecer la procedencia de su aplicación, esto es, que “[e]l caso concreto no pueda ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración”.

Por lo demás, la jurisprudencia del Consejo de Estado tampoco toma en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-864 de 2002⁴², en la que se alude, claramente, a la ilicitud de la ocupación de inmuebles que se produce sin seguir los procedimientos que rigen la expropiación. En efecto, dicha Corte se pronunció en el siguiente sentido:

[...] las autoridades públicas tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad privada sobre toda clase de bienes y, por consiguiente, cuando requieran bienes inmuebles para cumplir los fines del Estado consagrados en el art. 2.º de la Constitución deben obrar con sujeción al principio de legalidad y garantizando el derecho al debido proceso contemplado en el art. 29 ibidem, o sea, deben adquirir el derecho de propiedad sobre ellos en virtud de enajenación voluntaria o de expropiación si aquella no es posible, en las condiciones contempladas en la ley, y no pueden obtenerlos mediante su ocupación por la vía de los hechos.

No obstante, cuando el Estado ha ocupado de hecho los inmuebles, con fundamento en lo dispuesto en el art. 90 de la Constitución, debe responder patrimonialmente

⁴² En ella se declaró la exequibilidad de la expresión “o permanente” del inciso 1.º del art. 86 del C. C. A., modificado por el art. 31 de la Ley 446 de 1998, y en el num. 8 del art. 136 del mismo código, modificado por el art. 44 de dicha ley, además del inciso 2.º del art. 219 del C. C. A., subrogado por el art. 56 del Decreto Ley 2304 de 1989 y el art. 220 del mismo código.

e indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño antijurídico causado, es decir, por el daño que no tenía el deber de soportar.

Por tanto, en cuanto el art. 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el art. 31 de la Ley 446 de 1998, y el art. 136 del mismo código, modificado por el art. 44 de dicha ley, contemplan la vía para obtener la reparación de los perjuicios causados con la ocupación permanente de los inmuebles, tales disposiciones no son contrarias al art. 58 de la Constitución, ya que protegen el derecho de propiedad privada, en vez de vulnerarlo, al asegurar a su titular el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente.

Debe observarse que dichas normas no autorizan al Estado para que ocupe de hecho los inmuebles, pretermitiendo los procedimientos legales para la adquisición del derecho de propiedad privada, sino que buscan remediar por el cauce jurídico la situación irregular generada con dicho proceder de las autoridades públicas.

[...] *En síntesis, puede afirmarse que las disposiciones examinadas no violan el art. 58 de la Constitución, por cuanto el mismo consagra una garantía de la propiedad privada y esta se protege no solo frente a actos jurídicos sino también frente a hechos como la ocupación permanente de un inmueble.* De otro lado, tales normas se ajustan al art. 90 *ibidem*, ya que la ocupación permanente del inmueble ocasiona a su propietario un daño que no está obligado a soportar y que por lo mismo es antijurídico, el cual debe ser reparado patrimonialmente. (Bastardilla fuera de texto).

Puede concluirse, entonces, que, también en el caso de la responsabilidad por ocupación permanente de inmuebles, el Consejo de Estado hace una interpretación forzada de la teoría del daño especial, en cuanto trastoca uno de los elementos esenciales de su base doctrinal, esto es, la licitud de la conducta que busca el beneficio general.

D. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR LA OMISIÓN LÍCITA EN EL CUMPLIMIENTO DE FUNCIONES PÚBLICAS

En algunas –aunque raras– ocasiones, el Consejo de Estado ha considerado aplicable el régimen de daño especial en casos en los que el Estado incurre en omisión en el cumplimiento de sus funciones y dicha omisión se considera ajustada a derecho. Dos pronunciamientos que se comentarán en seguida son ejemplo de ello.

En la sentencia del 22 de noviembre de 2012 (exp. 21276), la Subsección B de la Sección Tercera declaró la responsabilidad de la Nación-Policía Nacional y del municipio de Buenos Aires por los daños causados “por la tutela inefectiva de los derechos del demandante [...] dentro de la querrela por ocupación” de un inmueble de su propiedad.

En el caso concreto, la corporación encontró probado que el demandante fue despojado por terceros particulares de la tenencia de un predio de su propiedad y que para recuperarla ejerció una querrela civil de policía ante la alcaldía del municipio de Buenos Aires, en virtud de la cual el alcalde expidió una resolución que ordenó el lanzamiento de los invasores. También encontró demostrado que la diligencia de lanzamiento no se pudo practicar, teniendo en cuenta que el alcalde solicitó el acompañamiento de la Policía y que el comandante de la estación respectiva no autorizó el desplazamiento de sus unidades, alegando que la región estaba “catalogada como zona de orden público”, por lo cual representaba “alto riesgo para el personal integrante de la institución”.

Con este fundamento, consideró el Consejo de Estado demostrada la situación de turbación del orden público en la fecha de los hechos y que ello le impidió a la Policía disponer de efectivos para apoyar al alcalde y a este adelantar la diligencia que él mismo había ordenado. Concluyó que “no podría afirmarse que las entidades demandadas incurrieron estrictamente en una falla del servicio, toda vez que habría que suponer que, como las mismas lo señalan, tanto el alcalde como el comandante de Policía hicieron todo aquello que estaba a su alcance para trasladarse al lugar, con miras a restablecer al actor en la tenencia material del bien”.

Sin embargo, consideró que el daño debía repararse, puesto que “la situación a la que se expuso al actor implica el rompimiento del equilibrio ante las cargas públicas, dado que este asiste a la vulneración de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva de que su situación de tenedor material del inmueble [...] se restableciera al estado anterior [...]”.

Agregó el Consejo que “la vida e integridad personal del alcalde de Buenos Aires y de los miembros de la Policía, que se aseguraron al no realizar la diligencia de desalojo, es tema que conviene a toda la sociedad civil”, pero “el costo de su preservación [...] fue soportado por el sacrificio del derecho del [demandante]... a la tutela judicial efectiva, lo cual constituye un daño especial”.

El planteamiento es interesante, pero no resulta convincente. Debe advertirse que la prueba parece insuficiente, puesto que no se estableció con claridad qué implicaciones reales tenía el hecho de que en la zona se encontrara turbado el orden público y, en particular, si la turbación le impedía realmente a la

fuerza pública desplazarse hasta el inmueble invadido y practicar la diligencia de lanzamiento. Dado que la Nación-Policía Nacional era una de las entidades demandadas, su breve e inexplicada afirmación, contenida en la comunicación dirigida al alcalde, no debió considerarse suficiente para establecer la licitud de su conducta, y mucho menos para concluir, como lo hizo el Consejo, que “tanto el alcalde como el comandante de Policía hicieron todo aquello que estaba a su alcance para trasladarse al lugar, con miras a restablecer al actor en la tenencia material del bien”⁴³.

Como lo explica el profesor Juan Carlos Henao, dado que la falla del servicio es una noción relativa, en cada caso concreto habrá que establecer qué podía esperarse del Estado, teniendo en cuenta la dificultad de la misión, los recursos de la entidad respectiva y las circunstancias de lugar y de tiempo. Respecto de estas, precisamente, será relevante, por ejemplo, si se estaba en un período de paz o en uno de guerra o de crisis. Pero eso supone que solo “cuando la Administración ha agotado sin resultado sus posibilidades jurídicas de acción, la falla del servicio no es declarada”⁴⁴.

En el mismo sentido, puede decirse que en el fallo no se estableció suficientemente que la conducta omisiva de la Administración —que constituyó una clara violación de sus obligaciones— hubiera sido irreprochable⁴⁵, ni se estudió la relación que tal conclusión podía tener respecto de la eventual configuración de una causa extraña que excluyera la responsabilidad. En efecto, el estado de turbación del orden público bien podía constituir, en el caso planteado, un hecho imprevisible e irresistible para las entidades demandadas y, por ello, una causa extraña, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.º de la Ley 95 de 1890, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, aplicable incluso en el régimen objetivo de daño especial. Así, en el caso concreto, las consideraciones efectuadas por la corporación sobre la turbación del orden público y la imposibilidad que ella

43 Parece muy pertinente aquí la cita de ANDRÉ DEMICHEL, que refiriéndose a los fallos franceses Couitéas y Cartonneries Saint Charles, por los que se declaró la responsabilidad del Estado por la negativa lícita a la ejecución de decisiones de la justicia, con apoyo en el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, expresó: “El Consejo de Estado permite a la Administración, incapaz de emplear la fuerza contra las masas para hacer respetar el ‘derecho de propiedad’, salirse con un aire de elegancia pagándole al propietario por el retardo aportado a la recuperación de su bien”. Citado por RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 440.

44 JUAN CARLOS HENAO, “La noción de falla del servicio...”, cit., pp. 91 y 95.

45 Como lo explica el profesor HENAO, la falla del servicio es “un incumplimiento reprochable” de la obligación estatal. *Ibid.*, pp. 60 y 61.

generó para la Policía de disponer de efectivos que apoyaran al alcalde y para este de adelantar la diligencia de la lanzamiento de los ocupantes del bien del demandante habrían permitido concluir que el daño no le era imputable al Estado.

Un planteamiento similar al de la sentencia analizada había hecho la misma corporación, muchos años antes, en la sentencia de la Sección Tercera del 8 de febrero de 1985 (exp. 3504), por la cual se declaró solidariamente responsables a la Nación, al departamento del Tolima y al municipio de Chaparral por los daños causados al demandante como consecuencia de la invasión por terceros particulares de un predio de su propiedad.

En primer lugar, concluyó el Consejo que se presentaron fallas del servicio por haberse retirado injustificadamente un puesto de policía que se había instalado en el predio del demandante, lo que facilitó la invasión, y por haberse abstenido las autoridades mineras de tomar medidas para organizar la explotación en el mismo predio dentro de los cauces legales, lo cual generó que se redujera ampliamente su explotación ganadera, puesto que los potreros se llenaron de fosos profundos que hicieron imposible el pastoreo de ganado.

En segundo lugar –y es este el punto interesante de la sentencia para efectos de este ensayo–, consideró el Consejo que se había configurado un daño especial, por haberse abstenido el departamento y el municipio de cumplir un fallo policivo alegando razones de orden público. Sobre esta omisión expresó:

Si bien podría aceptarse que la conducta de los señores alcalde de Chaparral y gobernador del Tolima al abstenerse de cumplir el fallo policivo por razones de orden público no configura una falla del servicio, sí pone de presente el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas y compromete, aunque sin falta, igualmente la responsabilidad estatal.

En este caso es aún más evidente la insuficiencia de la argumentación. Incluso, puede advertirse que la corporación la presenta en términos apenas hipotéticos, probablemente para indicar que, aun si no se considerara constitutiva de falla del servicio la conducta estatal, se configuraría la responsabilidad. De nuevo, sin embargo, resultan válidas las observaciones relativas a la falta de consideración de la fuerza mayor como causa extraña que excluye la imputación.

Lo expresado permite afirmar que en los fallos analizados la teoría del daño especial parece haberse utilizado de modo indebido. Si la turbación del orden público era previsible y resistible para las entidades demandadas, su responsabilidad debió declararse a título de falla del servicio, dado que se habría incumplido, de manera reprochable, una obligación estatal. Si, en cambio, dicha turbación era imprevisible e irresistible para tales entidades, debió exonerárselas de responsabilidad, teniendo en cuenta que, a pesar de haberse incumplido la

obligación estatal, el incumplimiento no fue reprochable, y esto se debió a la intervención insuperable de una causa extraña, que sería la única causa adecuada del daño. Dicho de otro modo: el Consejo parece perder de vista que, aun en los regímenes objetivos, las causas extrañas exoneran de responsabilidad.

E. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

Después de una nutrida evolución de la jurisprudencia contencioso-administrativa en este ámbito, desarrollada dentro de los márgenes de la responsabilidad subjetiva por falla probada y falla presunta⁴⁶, el Consejo de Estado ha considerado en pronunciamientos recientes que la responsabilidad por la prestación del servicio médico puede ser objetiva, en algunos casos.

Así, en la sentencia del 22 de julio de 2009 (exp. 18069), la Sección Tercera expresó que el título jurídico por excelencia para analizar y decidir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria era el de falla del servicio, pero precisó:

[...] salvo (sic) aquellos supuestos en que el daño sea producto de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica que pueda ser catalogado como riesgoso o peligroso (riesgo creado o riesgo álea), cuyo uso sea comúnmente aceptado y avalado para el diagnóstico y tratamiento de ciertas enfermedades o patologías, como por ejemplo, entre otros las herramientas de radiología, algunas placas de acero con polos a tierra, medios de contraste, desfibriladores, etc., eventos estos

46 De la aplicación reiterada del régimen de falla del servicio probada en los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico, pasó la Sección Tercera del Consejo de Estado, a partir de la sentencia del 30 de julio de 1992, exp. 6897, a la presunción de la falla del servicio. Esta postura la modificó en la sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11878, en la que se considera que el régimen general aplicable a tales casos es el de falla probada; no obstante, se precisó que, con fundamento en el principio constitucional de equidad, eventualmente el juez podría presumir la falla, en los eventos en que su demostración resultara muy difícil o imposible para el demandante. Este planteamiento se precisó en fallos posteriores, en los que se indicó que la equidad podría justificar la inaplicación, en los casos concretos, del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que regula las cargas probatorias. Al respecto, pueden consultarse, entre otras sentencias, las proferidas el 22 de abril de 2004, exps. 14212, 15196 y 14080, y la del 1.º de julio de 2004, exp. 14696. Hoy, conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, el juez está expresamente autorizado para distribuir la carga probatoria, según las particularidades del caso, exigiendo la demostración de determinado hecho a la parte que se encuentre en mejor situación para aportar las evidencias.

últimos en que será posible desatar la controversia con aplicación del título objetivo del riesgo excepcional.

Este planteamiento fue reiterado en la sentencia de la misma sección del 19 de agosto de 2009 (exp. 17333), en la que se agregó que hay otros casos que

tienden a ser imputados o endilgados [...] desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, con el factor de riesgo que conllevan [...].

El Consejo indicó que estos casos correspondían a 1) las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, 2) la aplicación de vacunas y 3) el suministro de medicamentos o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía.

Con posterioridad, en la sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del 25 de marzo de 2011 (exp. 20836) se expresó que “existen varios escenarios en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo”, y se mencionaron “a título ilustrativo” los siguientes:

- Cuando se usen cosas o se apliquen procedimientos o tratamientos peligrosos, siempre que la herramienta de riesgo cause el daño de manera directa o por ella misma, es decir, sin que haya habido una ejecución irregular del acto médico.
- Cuando se usen medicamentos o se apliquen tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se desconocen.
- Cuando en el acto médico se emplean sustancias peligrosas (como las usadas en la medicina nuclear).
- Cuando se aplican vacunas, “porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los distintos organismos”.
- Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.
- Cuando el daño “se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva (sic)”.

Se reitera en esta última sentencia, entonces, la referencia a los eventos identificados en el fallo del 19 de agosto de 2009 y se agrega uno más, el último listado, que aunque no resulta fácil de comprender con fundamento en la enunciación que de él se hace en la forma transcrita, según puede deducirse, corresponde a la situación objeto de análisis en el caso concreto: un evento de oblitio quirúrgico. Sobre todos los casos enunciados parece pertinente hacer algunos comentarios.

Por una parte, se advierte que el Consejo de Estado no explica el sustento normativo que tendría aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, observación que por sí sola permitiría objetar el planteamiento, sobre todo si se tiene en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, la relación de asistencia en salud “genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional”. Por otra, puede agregarse, frente a cada uno de los eventos mencionados:

En cuanto se refiere a los casos en que el daño es producto de instrumentos, sustancias, procedimientos o tratamientos peligrosos, la corporación alude a la noción de “riesgo creado o riesgo álea”.

La adopción de la teoría del riesgo en el ámbito de la responsabilidad del Estado, como se ha indicado en el numeral II de este ensayo, no parece tener sustento idóneo en los artículos 2 y 13 de la Constitución Política, pero podría encontrar fundamento en la aplicación analógica del artículo 2356 del Código Civil, al margen de las dificultades que supone formular un régimen objetivo a partir del texto literal de esta disposición y teniendo en cuenta, más bien, el entendimiento que de él han hecho la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Sin embargo, su aplicación en el ámbito de la prestación del servicio médico resulta impropia, si se tiene en cuenta que dicha teoría se funda en la necesidad de corregir el desequilibrio que surge en virtud del desarrollo de actividades lícitas y de las cuales reporta beneficios su guardián, que generan la contingencia de daño, como ocurre en el caso de quien conduce un vehículo automotor o construye una edificación, por ejemplo⁴⁷. El ejercicio de la medicina, en efecto,

47 Al referirse a los orígenes de la teoría del riesgo en Francia, el profesor JOSSERAND alude a las ideas de SALEILLES, recogidas en las conclusiones del procurador P. Matter, que sirvieron de preludio al fallo de las Cámaras reunidas de 13 de febrero de 1930, así: “El artículo 1384 está fundado en la idea muy simple y equitativa de que, quien tiene el funcionamiento de una empresa, debe soportar los riesgos de la misma [...]”. Agrega JOSSERAND que “[...] el concepto de riesgo, sin expulsar al de la culpa, se instala al lado de él para la realización de un equilibrio más satisfactorio entre los intereses y los derechos [...]”. LOUIS JOSSERAND, *Derecho civil*, t. II, vol. 1,

no cabe en este razonamiento, dado que, por una parte, no constituye en esencia una actividad peligrosa —lo cual acepta el Consejo de Estado—, y además se realiza preponderantemente en beneficio del paciente y no del médico, muchas veces incluso porque este actúa en cumplimiento de un deber legal o en estado de necesidad. En ese sentido, la utilización de herramientas o sustancias y la práctica de procedimientos o tratamientos lícitos y comúnmente aceptados conforme a la *lex artis*, aun cuando generen riesgos, deben entenderse realizadas en aras del bienestar del paciente. El desequilibrio que busca corregir el planteamiento original de la teoría del riesgo, entonces, en este caso no existe. Por esa razón, la noción de riesgo no constituye un fundamento adecuado de la responsabilidad del prestador del servicio médico, y no parece justificado, entonces, dejar de aplicar el régimen de falla del servicio.

Debe observarse también que cuando se trata de riesgos previsibles —que no son los denominados riesgos propios de las actividades peligrosas⁴⁸—, estos deben ser advertidos por el médico al paciente, con el fin de garantizarle su derecho a expresar su consentimiento previo, según lo dispuesto por la Ley 23 y el Decreto 3380 de 1981. La violación de esta obligación solo podría dar lugar, entonces, a una responsabilidad fundada, igualmente, en la falla del servicio.

Sobre los casos en que se usan medicamentos o se aplican tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se des-

Teoría General de las Obligaciones, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América-Bosch Editores, 1950, pp. 448 y 449. Debe recordarse que el art. 1384 del Code Civil es la norma que ha permitido fundar en Francia la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, que sirvió de inspiración a la jurisprudencia colombiana para construir, a partir de la sentencia de casación civil del 14 de marzo de 1938 y con fundamento en el artículo 2356 de nuestro Código Civil —cuyo texto literal es muy diferente del pasaje del art. 1384 del código francés—, la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas fundada en el riesgo. En sentido similar, TAMAYO JARAMILLO, citando a LE TOURNEAU, SALEILLES, JOSSEMAND y STARCK, expresa que la teoría del riesgo, que permite fundar una responsabilidad sin culpa, se funda sobre una idea de justicia, en cuanto el hombre, por su actividad, puede procurarse un provecho, pero, como contrapartida, es justo que repare los daños que causa. JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 19.

48 Los denominados riesgos propios de las actividades peligrosas son hechos imprevisibles e irresistibles que, sin embargo, por tener aquella condición, se consideran internos, y no externos, a dichas actividades. Esto le ha permitido a la doctrina distinguir entre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, para concluir que mientras aquel no exonera de responsabilidad al guardián de la actividad peligrosa, la fuerza mayor sí lo hace. Este planteamiento lo ha acogido el Consejo de Estado en múltiples providencias, entre ellas la proferida por la Sección Tercera el 19 de julio de 2000, exp. 11842.

conocen, y aquellos en los que se aplican vacunas, pueden hacerse observaciones comunes. Para el efecto, es necesario revisar algunas disposiciones normativas:

Según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 23 de 1981, los médicos solo pueden emplear “medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”, y “[s]i en circunstancias especialmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, este podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y si fuere posible, por acuerdo en junta médica”.

Además, esta misma ley prevé en el artículo 15 que “[e]l médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados” y “[p]edirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

Para completar el sentido de esta obligación, el artículo 16 de la misma ley prescribe que “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto [...]”.

Con apoyo en estas normas, se concluye que los procedimientos experimentales –a los cuales parece referirse el Consejo de Estado cuando alude a medicamentos o tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se desconocen– se autorizan solo en los casos especialmente graves en los que se ofrezcan “como la única posibilidad de salvación”. Además, solo podrán utilizarse “con la autorización del paciente o sus familiares responsables y si fuere posible, por acuerdo en junta médica”.

La autorización del paciente o sus familiares, cuando se trata de procedimientos experimentales, es distinta de la regulada en el artículo 15, que debe obtenerse ante la necesidad de aplicar tratamientos que puedan tener por efecto la afectación física o psíquica del enfermo.

En el primer caso, dada la condición experimental del procedimiento, sus efectos se desconocen, por lo cual el médico no podría explicárselos al paciente o a sus familiares. El médico solo debe advertirlos sobre esta circunstancia. En ese sentido, tales efectos constituyen eventos imprevisibles en el momento en que pide el consentimiento del paciente y permiten, por la misma razón, configurar una fuerza mayor, que descarta la responsabilidad.

En el segundo caso, el efecto negativo del procedimiento es previsible, por lo cual el médico puede y debe explicárselo al enfermo o a sus familiares por anticipado, de modo que estos puedan adoptar libremente la decisión de con-

sentir o no su práctica. Este hecho permite considerar que la norma sirve de sustento para aplicar la figura jurídica de la asunción de riesgos, de modo que en el evento en que se haya obtenido debidamente el consentimiento informado, el riesgo advertido ocurra y se le causen daños al paciente, la responsabilidad del médico quedará descartada.

Así las cosas, puede señalarse que la afirmación del Consejo de Estado en el sentido de que la responsabilidad por la prestación del servicio médico, en los casos en que se aplican medicamentos, tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se desconocen, resulta infundada, en cuanto omite un análisis esencial que permite concluir que, en esos casos, tales consecuencias o secuelas constituyen una causa extraña que incluso excluye la responsabilidad.

En el caso de las vacunas, afirma el Consejo de Estado que la responsabilidad objetiva se justifica “porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los distintos organismos”. La reflexión hecha sobre los tratamientos experimentales resulta en este evento igualmente pertinente. En efecto, conforme a lo observado, si la vacuna tiene efectos dañosos que resultaban imprevisibles al momento de aplicarla, aquellos constituirán una típica fuerza mayor, que excluye la responsabilidad. Si, en cambio, dicha vacuna tiene efectos negativos en el paciente que eran previsibles al aplicarla, este debió ser informado por el médico de tales efectos de manera previa, con el fin de obtener el consentimiento respectivo. Si tal consentimiento se manifestó, se estaría ante una asunción de riesgos que, igualmente, excluye la obligación de indemnizar.

El planteamiento según el cual en los eventos de aplicar vacunas el régimen aplicable es de carácter objetivo fue adoptado, como *ratio decidendi*, en la sentencia del 28 de septiembre de 2012 (exp. 22424), por la cual se declaró la responsabilidad de la Nación–Ministerio de Salud y Protección Social por la muerte de una niña de ocho meses, ocurrida después de aplicársele las vacunas contra la poliomielitis, la hepatitis B y la difteria, tosferina, tétanos (DPT). Sin embargo, la explicación que se presenta al respecto en este pronunciamiento se reduce a la siguiente:

[...] sin que deba subsumirse el asunto en el tradicional régimen de responsabilidad por culpa, pues al tenor del artículo 90 de la Carta Política dejó (sic) en manos del juez la labor de definir en cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar y en todo caso privilegiando los principios constitucionales que gobiernan las relaciones entre el usuario del servicio y el Estado.

Dado que se expusieron las razones fácticas y jurídicas que sustentan la aplicación del régimen objetivo en el caso concreto, su consideración resulta imposible. Solo puede advertirse, aun cuando ello excede los fines de este ensayo, que el establecimiento de la relación de causalidad entre la aplicación de la vacuna y la muerte de la niña, en el caso concreto, se funda en un análisis débil y contradictorio, lo que pondría en duda la posibilidad de condenar incluso con fundamento en el régimen subjetivo de falla del servicio.

Respecto de los casos en que el daño es producto de una infección intrahospitalaria o intrahospitalaria, es importante precisar que lo dicho en las sentencias mencionadas de marzo de 2009 y agosto de 2011 a título de *obiter dictum* se ha reiterado, como *ratio decidendi*, en varias sentencias posteriores de la Sección Tercera, entre las cuales pueden mencionarse las de la Subsección A del 7 de noviembre de 2012 (exp. 26124), del 29 de mayo de 2013 (exp. 28483) y del 10 de septiembre de 2014 (exp. 27771), además de la de la Subsección B del 29 de agosto de 2013 (exp. 30283). Teniendo en cuenta que la motivación de estas decisiones es similar, se hará referencia, a continuación, a una sola de ellas.

En la sentencia del 29 de agosto de 2013 se resolvió sobre la demanda relacionada con el caso de un menor de ocho meses que fue internado en una clínica del Instituto de Seguros Sociales con diagnóstico de bronconeumonía y luego presentó una enfermedad motriz-cerebral como consecuencia de una meningitis infecciosa causada por una bacteria.

El Consejo de Estado consideró probado indiciariamente que la bacteria la adquirió el menor en el establecimiento hospitalario y que era de carácter nosocomial. Por otra parte, afirmó que no era posible atribuirle el daño a la entidad demandada a título de falla del servicio, por no estar demostrado que la afectación de la salud del menor hubiera sido consecuencia del desconocimiento de alguno de los deberes de dicha entidad en materia de higiene y limpieza para la prevención de infecciones nosocomiales, y agregó: “Al contrario, la evidencia disponible indica que la enfermedad se produjo porque el paciente era altamente vulnerable a contraerla, teniendo en cuenta su precario estado de salud, su edad y el prolongado período de hospitalización al que fue sometido”.

No obstante, el Consejo consideró que en el caso concreto la responsabilidad debía atribuírsele objetivamente a la demandada, con fundamento en la teoría del riesgo, específicamente con apoyo en la modalidad de “riesgo álea”. Explicó, además, que las infecciones nosocomiales “no pueden ser calificadas de casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud”. Precisó que “el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva es el externo al ámbito de la actuación de los esta-

blecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo”.

Luego afirmó:

Las infecciones intrahospitalarias [...] si bien pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles, pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención.

E insistió:

[...] está en manos de las entidades hospitalarias adoptar todas las medidas establecidas en los protocolos diseñados por las autoridades competentes a efectos de reducir los riesgos que comporta para los pacientes, en especial para aquellos que resultan más vulnerables [...] el uso de cierto instrumental médico, la permanencia prolongada en los establecimientos hospitalarios y el contacto directo o indirecto con otros pacientes infectados.

Sobre este pronunciamiento, pueden hacerse varios comentarios:

Por una parte, se advierte de nuevo el recurso a la teoría del riesgo que, por lo explicado, resulta improcedente en el ámbito de la responsabilidad por la prestación del servicio médico, dado que esta actividad se realiza, en esencia, en beneficio de los pacientes y no de los médicos o las instituciones hospitalarias. Por esa razón, no resulta coherente aplicar a la responsabilidad médica la noción de “riesgo interno” a la actividad, que constituye un desarrollo de la teoría del riesgo y supone, precisamente, que quien crea la contingencia de daño en el ejercicio de una actividad lícita de la cual se beneficia debe asumir las consecuencias dañinas de la concreción de dicha contingencia.

Por otra parte, se observa que el Consejo de Estado expresa que las infecciones intrahospitalarias son previsibles, pero irresistibles, no obstante lo cual afirma también que son “prevenibles y controlables” y que “está en manos” de los hospitales adoptar las medidas establecidas por las autoridades para el efecto. Puede considerarse, entonces, que la corporación incurre en contradicción, dado que un acontecimiento prevenible y controlable será previsible y resistible y no tendrá el carácter de causa extraña.

En ese sentido, además, de la argumentación del Consejo de Estado podría concluirse que las infecciones intrahospitalarias son, en realidad, consecuencias esperables del incumplimiento de obligaciones a cargo de los organismos

prestadores del servicio médico, lo cual permitiría considerar que en los eventos en que se demuestra que tales infecciones afectan a un paciente, la falla del servicio estaría probada indiciariamente.

De esta manera, puede afirmarse que el régimen aplicable en estos casos será el general de falla del servicio probada y que la aplicación del régimen objetivo de riesgo resulta improcedente.

Ahora bien, en la sentencia de la Subsección A del 10 de septiembre de 2014 se afirma que “[...] tratándose de asuntos relacionados con infecciones nosocomiales [...] resulta científicamente improbable controlar y/o erradicar las bacterias hospitalarias”, lo que justifica, según la corporación, aplicar el régimen objetivo. Esto supondría aceptar, entonces, por un lado, en contra de lo considerado en el fallo analizado, que los efectos de estas bacterias son irresistibles, y por otro, que las entidades hospitalarias responden cuando aquellas generan infecciones en los pacientes. Entendida de esa manera, la responsabilidad solo podría justificarse, como lo acepta el Consejo de Estado, con fundamento en la teoría del riesgo. En este punto, se remite a los argumentos expuestos pocos párrafos atrás para explicar el disentimiento frente a la procedencia de aplicar dicha teoría en el ámbito de la responsabilidad por la prestación del servicio médico.

Finalmente, en lo que se refiere al oblitio quirúrgico, es importante tener en cuenta la precisión contenida, en el siguiente sentido, en el mencionado fallo del 25 de marzo de 2011⁴⁹:

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

[...] No obstante lo anterior, en criterio de esta subsección, en este tipo de escenarios resulta pertinente detenerse en el estudio de los diferentes daños asociados con el oblitio quirúrgico.

49 Debe advertirse que las consideraciones del Consejo de Estado sobre la imputación del daño y el régimen en que ella se funda, contenidas en esta sentencia, no constituyen *ratio decidendi*, puesto que contra el fallo condenatorio de primera instancia solo apeló la parte demandante para que se modificara la condena al pago de perjuicios, y no resultaba procedente tramitar el grado jurisdiccional de consulta. A ello hizo referencia la corporación al precisar los límites de su competencia en el caso concreto.

En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada a partir de la máxima *res ipsa loquitur*, lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación. *A contrario sensu*, si en la demanda se solicitan o reclaman daños irrogados por la cosa misma, en virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la responsabilidad de la administración sanitaria bajo estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso.

Este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetivo... ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda.

[...] En efecto, el régimen objetivo se impone en este tipo de hipótesis porque en aras de exonerarse de responsabilidad no deviene relevante que la entidad pública demuestre que se comportó de manera diligente y cuidadosa. En otros términos, el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblito y de los efectos dañinos que de él se desprenden. Por lo tanto, la entidad demandada solo podrá exonerarse si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

Frente a este planteamiento, pueden formularse dos observaciones:

En primer lugar, no parece claro que exista un daño en los eventos en que, si bien se verifica la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, este no le genera consecuencias adversas a la salud. Debe recordarse que el daño no consiste en la sola modificación de una situación, sino que supone que tal modificación sea negativa⁵⁰. Así, el evento en que según el Consejo de Estado la responsabilidad por el oblito debería fundarse en la máxima *res ipsa*

50 En ese sentido, JUAN CARLOS HENAO, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 84, afirma que “el daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de cosas existente”.

loquitur no constituiría un verdadero caso de responsabilidad, por estar ausente su elemento estructural más importante: el daño.

En segundo lugar, se advierte que la corporación alude al “riesgo asociado” al cuerpo extraño y a la “peligrosidad que es inherente al oblitio”, en los eventos en que la cosa ha desencadenado patologías en el cuerpo de paciente, expresiones que podrían resultar indicativas de que el fundamento de la responsabilidad objetiva se encuentra en la teoría del riesgo. No obstante, la argumentación expuesta en la sentencia parece dar cuenta de la confusión entre la noción de riesgo propia del lenguaje común, referida a la contingencia de un daño, y la noción de riesgo propia del ámbito de la responsabilidad patrimonial. Esta última, en efecto, alude a la contingencia de un daño derivada del ejercicio de una actividad lícita; de otro modo, la teoría del riesgo no podría constituir el fundamento de un régimen objetivo de responsabilidad.

Para entender mejor esta distinción y su relevancia en la situación analizada, es pertinente recordar la doctrina de la peligrosidad en el comportamiento y la peligrosidad en la estructura, conforme a la cual, en el primer caso, la contingencia de daño puede surgir cuando las cosas se ponen en movimiento –como ocurre, por ejemplo, con un vehículo automotor–, y en el segundo, cuando las cosas están en estado de inercia, pero apenas aparente, puesto que tienen un dinamismo propio que genera dicha contingencia –lo que podría ocurrir, por ejemplo, con los explosivos⁵¹. Como lo ha expresado el mismo Consejo de Estado, “cuando se trata de cosas inertes que, por el hecho del hombre, son puestas en situación de causar daño, el riesgo no se genera por la peligrosidad de la cosa en sí misma –a menos que la tenga en su estructura–, sino por el hecho culposo del hombre”⁵². En ese sentido, entonces, puede afirmarse que un cuerpo extraño en el organismo de un paciente carece de peligrosidad en su estructura; solo genera la contingencia de un daño al ponerlo allí y abandonarlo la mano del hombre, del mismo modo que genera la contingencia de un daño la silla que pone alguien en la zona de salida de una estancia. En tales casos, no procede aplicar la teoría del riesgo, aceptada en Francia para fundar la responsabilidad por el hecho de las cosas y adoptada en Colombia para fundar la responsabilidad por actividades peligrosas. La responsabilidad podrá configurarse, pero su fundamento será subjetivo y se encontrará en la culpa o en la falla del servicio.

51 Al respecto, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 78-80, 115 y 116.

52 *Cfr.*, sentencia del 23 de enero de 2003, Sección Tercera, exp. 12119.

Ahora bien, en los casos de oblitio, tal culpa o falla del servicio podrán establecerse indiciariamente. Se encontrará demostrado, en efecto, que se le practicó una intervención a un paciente y que luego se le encontró en el cuerpo un elemento extraño usado por los médicos durante la intervención. Ello será indicativo de que dicho cuerpo extraño lo abandonaron allí los médicos respectivos y esta conducta, por supuesto, supone el incumplimiento del deber de cuidado que recae en estos. A ello se refiere la expresión latina *res ipsa loquitur*, esto es, las cosas hablan por sí solas.

Lo anterior no obsta, por lo demás, para que a pesar de estar probada de este modo la culpa o la falla del servicio, la parte demandada pueda exonerarse demostrando una causa extraña, como podría ser una fuerza mayor configurada por la necesidad de concluir rápidamente un procedimiento quirúrgico para salvar la vida del paciente, sin que haya habido oportunidad de retirar algún elemento usado en su desarrollo, cuando se presenta un hecho imprevisible e irresistible para los galenos. En eventos como estos, por supuesto, la advertencia sobre lo sucedido debe ser inmediata, una vez finalizado el procedimiento, para que se adopten en el término prudente las medidas que se requieran para retirar el elemento abandonado o verificar su inocuidad.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Con fundamento en lo expresado en este ensayo, puede afirmarse que el artículo 90 de la Constitución Política no resuelve el problema del régimen de responsabilidad aplicable a los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado. Será el juez quien deba determinarlo en cada caso concreto, y para el efecto está sujeto al orden jurídico, lo que lo obliga a establecer cuáles son las normas que rigen la situación fáctica sometida a su consideración, de acuerdo con sus particularidades.

El artículo 2.º de la Constitución Política, además de determinar cuáles son los fines esenciales del Estado, establece que “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Este artículo constituye la norma general que permite fundar la responsabilidad por falla del servicio, sin perjuicio de que existan otras –en la misma Constitución o en otras disposiciones de inferior jerarquía– que prevean obligaciones concretas cuyo incumplimiento, en un caso concreto, pueda ser la causa del daño y servir, entonces, para establecer la existencia de la falla.

Al lado de la falla del servicio, que constituye el fundamento subjetivo y ordinario de la responsabilidad patrimonial del Estado, existen dos fundamentos objetivos cuya aplicación, según lo ha expresado el Consejo de Estado, es, en cambio, eventual. Estos fundamentos son el daño especial y el riesgo excepcional. La fuente normativa del primero se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política y en el denominado principio de equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas, que constituye un desarrollo coherente del principio de igualdad consagrado en dicha norma, en el ámbito de la responsabilidad de las entidades públicas. Este artículo 13 no resulta suficiente, en cambio, para justificar la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional. La fuente normativa de esta responsabilidad puede encontrarse en el artículo 2356 del Código Civil, cuya aplicación analógica en el ámbito de la responsabilidad del Estado resulta plenamente justificada en la medida en que no existe una diferencia esencial entre las actividades peligrosas que desarrollan los particulares y las que ejecutan las entidades estatales.

Ahora bien, el Consejo de Estado colombiano ha ampliado –sobre todo en la época reciente– los eventos de aplicación de los regímenes objetivos fundados tanto en el riesgo excepcional como en el daño especial, para lo cual ha recurrido a argumentaciones que parecen alterar las bases doctrinales de estos regímenes, lo que da cuenta de su aplicación sin fundamento normativo. Lo anterior supone, en algunas ocasiones, el recurso a los regímenes objetivos, cuando resulta procedente configurar la responsabilidad por falla del servicio, que se encuentra demostrada, y en otras, la declaración infundada de la obligación de indemnizar, bien porque la falla no existe y aquellos regímenes objetivos no encuentran sustento en el caso concreto, o bien porque la conducta estatal no constituye la causa adecuada del daño, por lo cual está ausente un elemento estructural de la responsabilidad.

Debe aclararse que esta observación crítica no pretende, en modo alguno, desconocer que los regímenes objetivos, en muchos eventos, encuentran sustento suficiente y los aplica en forma correcta la jurisdicción contencioso-administrativa. Respecto del régimen de daño especial, los ejemplos de rompimiento del principio de equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas en virtud de la causación de daños a una persona o a grupos de personas por la realización de actividades que buscan directamente el beneficio general pueden encontrarse en la realización lícita de actividades como la modernización de los sistemas viales, la expedición de leyes que limitan el ejercicio de ciertos derechos y de actos administrativos que restringen el uso de la propiedad inmueble, la adopción de medidas de detención preventiva en procesos penales, cuando en estos no se

establece la responsabilidad del sindicato, etc., y respecto del régimen de riesgo excepcional, los ejemplos se pueden encontrar, en esencia, en el desarrollo lícito de actividades peligrosas por las entidades estatales, como la conducción de vehículos automotores, el manejo de armas, la explotación de ciertas empresas industriales y la construcción de obras públicas, en todos los casos cuando se ocasionan daños cuya causa adecuada es la ocurrencia de hechos imprevisibles e irresistibles que constituyen riesgos propios de tales actividades⁵³.

Por último, es importante observar que el Código General del Proceso, adoptado por la Ley 1564 de 2012, ha incluido en el artículo 167 una excepción a la regla general según la cual cada una de las partes debe probar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persigue. En efecto, este artículo prevé que el juez podrá distribuir la carga probatoria, según las particularidades del caso, “exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”. Aunque no tiene carácter exhaustivo, la norma lista algunos eventos en los que la parte se debe considerar en mejor posición para probar. Cabe preguntarse si con fundamento en esta disposición puede el juez, válidamente, modificar el régimen de responsabilidad que surge de una norma determinada.

Al respecto, se advierte que aun sin la autorización expresa del legislador para distribuir las cargas probatorias, el Consejo de Estado colombiano consideró procedente en varios fallos hacer prevalecer el principio constitucional de equidad, previsto en el artículo 230 constitucional, sobre el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, para aplicar, en materia de responsabilidad por la prestación del servicio médico, el régimen de falla presunta y no el de falla probada del servicio, sin rebasar, en todo caso, los límites del régimen subjetivo. Hoy estas decisiones —que fueron criticadas, no sin razón, por propiciar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, dado que la modificación

53 Una aplicación más controvertida de la teoría del riesgo se encuentra también en los casos de responsabilidad por actos violentos de terceros, en los cuales el fundamento normativo de la obligación de indemnizar a cargo del Estado podría encontrarse en las disposiciones del derecho internacional humanitario, sobre todo en el Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado en Colombia por la Ley 171 de 1994, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-225 de 1995. Sobre estos casos, cuyo análisis no es pertinente en este ensayo, se remite al artículo de M'CAUSLAND, “Responsabilidad del Estado por...”, cit.

del régimen solo se anunciaba y aplicaba en la sentencia definitiva⁵⁴— encontrarían sustento suficiente en el citado artículo 167.

No obstante, surge una pregunta adicional: ¿podría el juez, con fundamento en la nueva norma, distribuir las cargas probatorias entre las partes de modo que se modificara la naturaleza subjetiva u objetiva del régimen de responsabilidad originalmente aplicable? Sin duda, el cuestionamiento exige un análisis autónomo y profundo; sin embargo, puede afirmarse, como hipótesis probable, que la respuesta debe ser negativa, dado que la posibilidad planteada supondría, más que modificar la carga probatoria, prescindir de la prueba de uno de los elementos estructurales de la responsabilidad o agregar uno nuevo, lo que no parece estar autorizado por la norma, que solo permite redistribuir la carga probatoria respecto de los elementos establecidos en las normas.

54 Las críticas se formularon incluso en la Sección Tercera del Consejo de Estado. De eso dan cuenta varias aclaraciones y salvamentos de voto de la magistrada Ruth Stella Correa y la sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, que constituyó un pronunciamiento aislado sobre el punto.