

DA 0039  
2015  
ep. 1

1323911

**LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO  
A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL HONORABLE CONSEJO DE  
ESTADO**

**ALEXANDER DAZA VERGARA  
DAIRO GUERRA TORRES  
LEOVALDO CESAR SALAS CABALLERO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ESPECIALISTA EN  
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO  
BARRANQUILLA  
2015**

## INTRODUCCION

A partir de los múltiples casos que se han presentado en donde se condena al Estado por la responsabilidad médica surge nuestra inquietud acerca de esta interesante temática

la responsabilidad médica surge como una especie del género denominado responsabilidad patrimonial o extrapatrimonial, pero económicamente apreciable, derivada de un daño antijurídico infringido por un(os) agente(s) a otro(s), esto es, donde la víctima o sujeto pasivo que lo sufre no tenía el deber jurídico de soportarlo, esto en la medida de que constitucionalmente se permite ejercer la libertad pero sin que esto implique lesionar o dañar a los demás injustificadamente, convirtiéndose la responsabilidad así no solo en un tema indemnizatorio o reparatorio, sino también de control social.

## LA RESPONSABILIDAD MEDICA POR FALLA EN EL SERVICIO

El criterio de responsabilidad por falla de la administración, se produce como consecuencia de la irregularidad en la prestación del servicio, sin importar para el sustento de la teoría que el agente o funcionario sea o no identificable; porque se considera que el servicio ha sido prestado mal o tardíamente y este daño debe ser satisfecho y reparado por la administración.

La falla en el servicio por responsabilidad médica puede presentarse por los siguientes presupuestos:

La falla propiamente dicha

Por prestar el servicio tardíamente

Por la falta del servicio

La falta o falla del servicio En este nuevo criterio, se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la “falla del servicio”, o culpa de la administración, conllevando a la desaparición de la necesidad obligatoria de demostrar la acción u omisión de un agente de la administración identificado, y es suficiente únicamente acreditar la falla funcional. Es decir, se presume la culpa de la persona jurídica o administración, no derivada de la facultad de elegir y vigilar cuidadosamente a sus agentes, sino por el contrario de cumplir bien con la prestación de los servicios públicos a la comunidad.

A la víctima le corresponde simplemente demostrar la falla causante y el daño consiguiente. A su vez, la administración puede exonerarse con la prueba del caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Por otro lado, si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración responde solidariamente a la víctima. Sin embargo, si se presenta un acto u omisión dañosa del agente de la administración, por fuera de los servicios públicos, generaría una responsabilidad exclusiva del mismo y no de la administración.

Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad .

Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.

En el régimen de responsabilidad estatal encontramos diferentes tesis que se han desarrollado a nivel jurisprudencial las cuales son:

La tesis organicista

Tesis de falla en el servicio

Tesis objetiva

La tesis organicista. La corte introdujo una nueva tesis conocida como la tesis organicista, que establece una distinción entre la actividad de la persona pública desarrollada por sus directivos u otros gestores, de la que realizan o ejecutan sus agentes. Los gerentes o gestores constituyen órganos de la persona moral, depositarios de su voluntad y comprometen su

responsabilidad directamente, y por otro lado, los agentes se asemejan o hace referencia a la responsabilidad del mismo modo que obran los agentes o subordinados de una persona física.

Responsabilidad estatal bajo el consejo de estado Una vez se le otorgo la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el Decreto 528 de 1964, (artículos 20, 28, 30 y 32), para conocer de los asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado, esta jurisdicción desarrollo e implemento la teoría de la responsabilidad por culpa o falla del servicio.

La aplicación de esta teoría fue reiterada en los fallos del Consejo de Estado, y se desprende de una culpa especial, pero no la relacionada con el concepto psicológico, que implica que la culpa es propia de las actuaciones del ser humano, sino por el contrario es una culpa calificada u objetivizada por manifestaciones exteriores. Es decir, que esta, si bien requiere de una culpa esta se trata de una culpa intermedia entre la culpa objetiva y subjetiva, sin que esto signifique o se refiera a que las personas públicas deban responder por todos los daños que causaran en desarrollo de la prestación del servicio. El Consejo de Estado, señalo a través de la sentencia del 15 de junio de 1972 lo siguiente: “En diferentes oportunidades esta Sala ha venido sosteniendo que para que pueda condenarse al Estado por fallas de servicio, sin consideración a un autor individualizado, es necesario demostrar los siguientes presupuestos: 1° Existencia del hecho o falla del servicio. 2° Daño o perjuicio sufrido por el autor, y 3° Relación de causalidad entre el primero y segundo, o mejor dicho, que el perjuicio sea una consecuencia cierta e inevitable del hecho perjudicial imputado a la administración.

Siguió diciendo el Consejo De Estado Todo ello quiere decir que la culpabilidad del agente, es independiente de la responsabilidad de la administración, ya que no se trata de juzgarlo a él sino al servicio propiamente dicho. A la persona afectada no le concierne el desempeño del funcionario como conducta persona, sino especialmente, el resultado anormal del servicio que es, precisamente, lo que en este caso enjuiciado se trata de dilucidar. Por tanto, la responsabilidad extracontractual es directa y no hay lugar, en consecuencia, a distinguir entre los órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que apenas ejecutan esa voluntad. Por su parte, el Estado posee la herramienta de exonerarse de la responsabilidad probando circunstancias como la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

Situaciones de responsabilidad del estado en Colombia Como expresión de la evolución progresiva del régimen de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia, la ley han reconocido y establecido la existencia de situaciones en las cuales el Estado en ejercicio de sus actividades la responsabilidad administrativa se comprometía sin que se presentará o se hablará del concepto de culpa, es decir, se reconociera como una expresión de responsabilidad objetiva. Entre ellos se destacan los casos relacionados con la responsabilidad por daño especial, la responsabilidad por riesgo, la responsabilidad por trabajos públicos, la responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra y la responsabilidad por almacenaje entre otros.

Todos estos casos se constituyen en expresiones específicas del concepto general de daño antijurídico, que sustenta, el régimen actual de responsabilidad del Estado en Colombia, como son:

Responsabilidad por daño especial El Consejo de Estado mediante fallo del 28 de octubre de 1976 estableció que en algunas oportunidades la administración debe responder por los daños causados siempre y cuando sea como consecuencia de una actividad legítima y a su vez estos pueden ser tomados desde el punto de vista sustancial como del procedimiento, esto es cuando se puede considerar o calificar como especiales.

Este concepto relacionado con el daño especial tiene sus raíces en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, por cuanto si un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga normal, esta constituye un daño especial que la administración debe reconocer e indemnizar.

El consejo de estado en el referido fallo ha sostenido que a pesar de la legalidad de la actuación del Estado, este debe responder de manera excepcional y por equidad cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se despliega, conlleva a que el administrado sufra un daño anormal, especial y considerable, muy superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.

A partir de la Constitución de 1991, esta teoría pasa de ser una responsabilidad sin culpa u objetiva a convertirse y fortalecerse en una teoría cuyo fundamento se sienta en el concepto de daño antijurídico, llegando a sustentar la declaratoria de responsabilidad del Estado por daños causados por actos generados por conductas terroristas.

La Responsabilidad por riesgo Este tipo de responsabilidad reconocida en fallos por el Consejo de Estado no exige culpa o falla del servicio, esta figura se identifica así: “Responsabilidad por riesgo. Según esta teoría el estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplee medios o utiliza recursos que colocan a los administrados bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional , que dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio” .

La aplicación de este régimen de responsabilidad se fundamenta en hechos en el cual el daño se fundamenta en la ejecución de actividades peligrosas o la utilización misma de los instrumentos cuya destinación se despliega hacia esas actividades, tales como el manejo de energía eléctrica, armas y vehículos de propiedad del Estado, igualmente en relación a los daños causados con ocasión de acciones terroristas contra dependencias de orden público.

## LA FALLA DEL SERVICIO

La falla del servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde el elemento fundamental para atribuir responsabilidad al Estado es la “culpa de la administración” o mejor la falla en el servicio, que puede ser por acción o por omisión, por extralimitarse en sus funciones o por no cumplirlas<sup>9</sup>. Dentro del régimen de responsabilidad subjetiva encontramos dos modalidades, la primera de ellas fue la falla del servicio probada, en virtud de la cual el afectado debía demostrar que existió una falla del servicio, junto con un perjuicio y el nexo de causalidad entre ambos, para que surgiera la obligación por parte del Estado de indemnizar dicho daño, de lo contrario si no se demostraba esto, el particular perdía el derecho a ser indemnizado, tal como lo ha explicado el Consejo de Estado:

“Se caracteriza este régimen, como en múltiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia, por tres elementos constitutivos, a saber: una falta o falla del servicio, un perjuicio y una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último. En este régimen la noción de falla es a tal punto esencial, que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia: la falta de esa prueba condena al fracaso las pretensiones que la requieran.”<sup>1</sup>

El otro de los regímenes de responsabilidad subjetiva que fue creado por la jurisprudencia es el de la falla del servicio presunta, en este al administrado solamente le correspondía demostrar que había sufrido un daño y que existió un nexo causal entre este y el hecho de la administración, ya que se presumía la falla del servicio, sin embargo la administración podía exonerarse demostrando que actuó con diligencia:

“(…) A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. En éste sentido, la ausencia de falla del servicio demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto (…)”<sup>2</sup>

Lo que ocurre en este segundo régimen de responsabilidad subjetiva es que la falla del servicio se presume en algunos eventos y quien reclama el daño no debe demostrarla, como por ejemplo ocurría con las armas de dotación oficial, al producirse un daño con un arma de dotación oficial se generaba una presunción de culpa para el Estado, lo que no impide que la administración pueda exonerarse demostrando la ausencia de la falla en el servicio o la ocurrencia de una causa extraña.

Esta presunción de responsabilidad posteriormente fue desvirtuada por el mismo Consejo de Estado, en el entendido de que en Colombia no existe bajo ningún régimen presunción de responsabilidad, “lo cierto es que, cuando la falla se presume es posible que se invierta la

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Expediente: 4655 (97). C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. Expediente: 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

carga de la prueba para que la administración sea la obligada a probar que su actuación diligente no fue la generadora del daño antijurídico, soportado por el administrado, que está ejerciendo la reclamación. El régimen de falla del servicio probada fue la regla general y el de falla presunta se aplicó excepcionalmente a algunas actividades peligrosas.”<sup>3</sup>

Es decir que, con anterioridad a la aparición del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad extracontractual del Estado se manejó principalmente como una responsabilidad subjetiva, y cuyo precepto principal fue la aplicación de la falla en el servicio para condenar al Estado por el mal funcionamiento en sus actuaciones o por su no fu. En este punto, es importante destacar la labor del Consejo de Estado que en la ausencia de régimen legal creó los diferentes regímenes jurídicos de imputación para atribuirle responsabilidad extracontractual al Estado, teniendo en cuenta que no existía normativa constitucional alguna en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991.

La jurisprudencia encontró el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, y bajo dicha interpretación el régimen general para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado era la falla del servicio y sólo cuando esta no se encontraba probada, se buscaba estudiar la actuación a la luz de los regímenes objetivos de responsabilidad creados hasta esa época.

Es muy claro como en este fallo el Consejo de Estado, admite que se puede aplicar el título de imputación del riesgo excepcional, pero no lo hace en la medida en que del sustrato probatorio se deduce que existió una falla del servicio, y al considerar que este es el régimen general para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado condena al Estado por este título de imputación.

En conclusión, la jurisprudencia del Consejo de Estado hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se mantuvo en una misma tesis referida a hacer un filtro de todas las conductas del Estado por el título de imputación de la falla del servicio, y sólo cuando la actividad así lo permite y no se probó la negligencia de las autoridades estatales

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ, Alier Eduardo Enríquez. FRANCO, Catalina Gómez. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2007. p. 1

que causaron el daño, se entran a analizar los otros regímenes de responsabilidad del Estado, los cuales son regímenes de responsabilidad objetiva y obedecen entre otros a los títulos de imputación riesgo excepcional y daño especial.

Adicionalmente como ya se mencionó, vale la pena resaltar que el fundamento para imputarle la responsabilidad extracontractual al Estado entre los años 1964 y 1991 fue el artículo 16 de la Constitución política de 1886. Y es así como la Corte Suprema de Justicia en el fallo Santa Ana, se pronunció imputándole responsabilidad al Estado por la aplicación de la teoría de la falla del servicio, con apoyo en normas de Derecho público, como el artículo 16 de la Constitución de 1886, El 28 de abril de 1967, siguiendo los parámetros del tratadista Paúl Duez, en la medida en que hay falla del servicio cuando se presta de forma tardía el servicio, se presta de forma deficiente o no se presta, el Consejo de Estado afirmó que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución es deber del Estado velar por el bienestar de los ciudadanos.

## TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La responsabilidad objetiva hace referencia a la exclusión del estudio de la culpa en la determinación de la responsabilidad, para efectos de este trabajo, a la exclusión de la falla del servicio para atribuirle responsabilidad al Estado. En un régimen de responsabilidad objetiva el demandante sólo tiene que probar la existencia del daño y el nexo causal con el hecho de la administración, y no le bastará al Estado probar que obró con diligencia y cuidado, puesto que ello resulta insuficiente, sólo se podrá exonerar de responsabilidad demostrando la ocurrencia de una causa extraña. En materia de responsabilidad objetiva la jurisprudencia ha desarrollado diferentes regímenes de responsabilidad, los que estudiaremos en este trabajo, el daño especial y el riesgo excepcional, a continuación se hará referencia al primero.

### DAÑO ESPECIAL

Es así como el Consejo de Estado en lo referente al daño especial, ha dicho que es:

”Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y

de justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público”<sup>4</sup>

Por otra parte, este régimen también denominado responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o teoría del daño especial, “se fundamenta en los principios de solidaridad e igualdad, determina que aunque el Estado realice una actuación legítima si genera un daño a un particular, que se ve obligado a aceptar esa carga pública, quien sufre el daño se ve en la obligación de soportarlo, sin embargo tiene derecho a que se le indemnice.”<sup>5</sup>

“Este régimen de responsabilidad claramente se opone a los regímenes de falla presunta y falla probada, ya que no es necesario que el Estado haya actuado con algún defecto, su actuación es legítima, pero sin embargo, con ella genera a ciertos ciudadanos perjuicios que no están en la obligación de soportar, y que por ello deben ser resarcidos por el Estado. De acuerdo con lo anterior, dos elementos deben estar presentes para que se configure esta clase de responsabilidad sin lugar a dudas, la legalidad de la actuación del Estado y el quebrantamiento del principio de la igualdad de las personas ante las cargas públicas”<sup>6</sup> demás la imposibilidad de encuadrar la conducta dentro de la falla del servicio:

El título jurídico de imputación consistente en el daño especial, aplicable, de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia de esta Sala, cuando concurren los siguientes elementos: “a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración. b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona. c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. d) El rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados. e) Debe existir un nexo causal entre

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Expediente. 14999. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 1991. Expediente: 6334. C.P. Daniel Suárez Hernández: —Los particulares que han sufrido daños en virtud del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar, impone el resarcimiento o indemnización de tales daños, así la actuación administrativa que ocasionó la lesión al patrimonio administrado hubiere sido legítima y su cumplimiento obedeciere a fines nobles y reportare beneficios para el resto de la comunidad”

<sup>6</sup> LEDESMA BUSTAMANTE, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Grupo Editorial Leyer. 2003. p. 73.

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.”<sup>7</sup> “El fundamento de este régimen de responsabilidad es el desequilibrio de las cargas públicas que perjudica al afectado con la actuación del estado, la carga pública se refiere a los deberes que se les imponen a los ciudadanos por el Estado, como resultado del contrato social.”<sup>8</sup>

Finalmente, conviene explicar que este título de imputación ha sido usado en Colombia para condenar al Estado en algunos casos, entre los que se encuentran, los daños sufridos por los conscriptos, aunque, frente a este tema la jurisprudencia no ha sido uniforme pues ha aplicado este régimen, al igual que la falla probada y el riesgo excepcional, los daños causados en virtud de construcción de obras públicas que benefician al Estado, los daños causados por la privación injusta de la libertad, los daños causados por la actividad legislativa, y finalmente se ha aplicado a los daños causados por actos terroristas de forma irregular, aunque lo usual es que se aplique el título de imputación por riesgo excepcional.

Antes de entrar a analizar cuáles fueron los cambios introducidos por el artículo 90 de la constitución política de 1991, y más aún por la interpretación que el Consejo de Estado ha hecho del mismo, vale la pena darle una mirada panorámica a lo hecho por los constituyentes y más aún a lo que en realidad ellos quisieron incorporar con el artículo 90 de la Constitución Política vigente, es así como:

#### DIFERENCIA ENTRE EL RIESGO EXCEPCIONAL Y EL DAÑO ESPECIAL

Entre las dos figuras explicadas anteriormente, siempre ha existido la tendencia a confundirlas, al respecto la jurisprudencia ha expresado:

---

<sup>7</sup> 28 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Expediente: 16530. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>8</sup> PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Responsabilidad Civil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. p. 275: —Su fundamento es el desequilibrio de las cargas públicas que afecta a la víctima. La noción de carga pública hace referencia a ciertos deberes que son impuestos por el Estado en ejercicio de su soberanía, ya sea que lo analicemos respecto del contrato social o entendiendo que hemos depositado en ese Holismo (Estado), una parte de nuestra soberanía y libertad. Hay diversas cargas públicas, como la que tenemos de pagar impuestos, que es uniforme y consulta el bienestar general. Si por el contrario, el Estado impusiera una excesiva carga pública generaría el desequilibrio mencionado.

”Tales situaciones dan lugar a estudiar el caso bajo el régimen de riesgo, y no el de daño especial, porque no está demostrado que el daño sufrido por los actores tuvo su causa en que la actuación Estatal se realizó en beneficio de la colectividad, es decir para la primacía del interés general sobre el particular; no se probó que el daño que padecieron las víctimas indirectas tuvo como antecedente o fin último la satisfacción del interés general o necesidad del bien común – supuesto indispensable a probar y para ubicar el caso en daño especial pero sí se averiguó que la operación fue la que en definitiva, creó el riesgo. Por tanto, el hecho de que la víctima directa haya padecido el rompimiento de igualdad de las cargas públicas por la actividad del Estado, y que el daño no le fue imputable, no conduce por si solo a la aplicación del régimen de daño especial pues era requisito sine qua non establecer que la actividad del Estado se realizó en interés general, y no sólo que ocurrió con ocasión del ejercicio de las actividades peligrosas.”<sup>9</sup>

Para que se configure la responsabilidad por riesgo excepcional, es necesario que el daño se cause en desarrollo de una actividad que genera un riesgo para la sociedad, es decir que en sí misma es peligrosa, por ello al desarrollarla el Estado a sabiendas de su peligrosidad se ve obligado a reparar dichos daños, mientras que en el caso del daño especial se quebranta el llamado principio de la igualdad ante las cargas públicas, es decir que el Estado en desarrollo de una actividad que beneficia a toda la sociedad causa perjuicios a otros ciudadanos que no están en la obligación de soportar dicho daño, así la actuación sea legítima, por ello el Estado debe indemnizarlos.

Conviene ahondar un poco en el riesgo de naturaleza excepcional que debe desarrollarse en el título de imputación denominado riesgo excepcional, puesto que en el daño especial no se debe generar un riesgo de naturaleza excepcional, que al final de su desarrollo causa un daño ya sea por una actividad legítima o ilegítima de la administración. Queda claro que en tratándose de daño especial no se requiere la causación de un riesgo de naturaleza excepcional y especial, sino, como ya se mencionó anteriormente, que se quebrante el principio de la igualdad de las personas ante las cargas públicas del Estado.

---

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Expediente: 68001 23 15 000 14142 01. C.P. María Elena Giraldo Gómez

La aplicación de éste principio por parte de los jueces administrativos, obedece en gran parte a la confusión que ha creado el Consejo de Estado en la aplicación de los ya mencionados títulos de imputación, puesto que si el Consejo de Estado fuera más claro con los requisitos y características del daño especial y del riesgo excepcional, los administrados podrían aplicarlos de forma fácil y ajustada al ordenamiento.

#### DAÑO ANTIJURÍDICO:

La Sala estudiará si ese elemento de la responsabilidad patrimonial se dio, a efecto de establecer si las entidades demandadas son o no responsables de la muerte de Javier Durán Gómez.

De acuerdo con la regulación Constitucional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, es a partir del daño antijurídico que se estudia ésta.

El artículo 90 de esa Carta contiene el fundamento de la responsabilidad Estatal Establece en su primer inciso: “El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

Eso significa que el Estado debe reparar los daños y perjuicios que las personas no están obligadas a soportar por imperativo u otro vínculo jurídico, siempre que sean consecuencia de su acción o de su omisión.

Al respecto la Sala ha dicho:

“( ) La nueva norma constitucional basa la responsabilidad Estatal en el daño antijurídico, siendo éste el pilar de la estructura del nuevo régimen, sin que por ello, pueda entenderse que desaparece la responsabilidad por falla del servicio. En esta disposición se consagró la responsabilidad patrimonial del estado por el daño antijurídico que le sea imputable, causado por las autoridades, ya con una acción u omisión irregular o con el ejercicio legítimo de sus funciones. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional

desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño.”<sup>10</sup>

De lo anterior se concluye que los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado son los siguientes:

1. Que el daño sea antijurídico.
2. Que a la Autoridad Pública le sea imputable ese daño, por acción u omisión.

“Sobre el daño antijurídico la Sala entiende, así lo ha expresado en su jurisprudencia, es la lesión de un interés legítimo que la víctima no está en el deber de soportar”<sup>11</sup>

Igualmente la jurisprudencia ha hecho las siguientes precisiones sobre los elementos de la responsabilidad patrimonial:

“Una cosa es la antijuridicidad del daño y otro es el criterio para definir la imputación. El daño es el efecto de una conducta (regular o irregular). La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo en esa relación de la calificación de la ilegalidad de la conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado” <sup>12</sup>

La antijuridicidad del daño puede estar o no ligada con una conducta Estatal, es decir le es o no imputable; en este primer evento no interesa si la conducta Estatal es o no lícita, porque lo que interesa es que el resultado del hecho dañador sea antijurídico respecto de la víctima.

---

<sup>10</sup> Sentencia del 30 de julio de 1992. Actor Ninfa Viuda de Celis. Exp. No. 6491; Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo

<sup>11</sup> Posición reiterada de la Sala: Sentencias en los procesos Nos: 8163, proferida en el 13 de julio de 1993 y 11.213, dictada el 13 de febrero de 1996, en las cuales fue ponente el Consejero Juan de Dios Montes Hernández.

<sup>12</sup> Sentencia proferida el día 12 de julio de 1993, Exp. No. 7622, Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

## Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>13</sup>, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>14</sup> tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo cual se analizará el caso a resolver.

El daño.

El daño comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>15</sup> y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la

---

<sup>13</sup> "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

<sup>14</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes:10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>15</sup> "(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”<sup>16</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, la Corte Constitucional ha señalado que la:

“(…) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”<sup>17</sup>.

Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento de la imputación.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>18</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre

---

<sup>16</sup> “(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”. ob., cit., p.186.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

<sup>18</sup> La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>19</sup>.

“Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad”<sup>20</sup>, según el cual, “la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”<sup>21</sup>.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”<sup>22</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004

<sup>20</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>21</sup> El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>22</sup> “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>23</sup>.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”<sup>24</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>25</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”<sup>26</sup>.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>27</sup> es necesario para

---

<sup>23</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>24</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>25</sup> JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

<sup>26</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>27</sup> El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización(...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren

considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>28</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>29</sup>.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>30</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una

---

que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

<sup>28</sup> La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>30</sup> La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas

responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>31</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>32</sup>.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>33</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>34</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la

---

actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>31</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

<sup>32</sup> “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308.

<sup>33</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

<sup>34</sup> Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)”<sup>35</sup>.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada

---

<sup>35</sup> “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad .

Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.

El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta. En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relieván el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de

responsabilidad. Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión.

Un ejemplo de un caso de Responsabilidad Medica en el cual se condena al estado, al Instituto de Seguro Social por una falla en el servicio médico, el *Consejo de Estado*. - *Sala de lo Contencioso Administrativo*. - *Sección Tercera* , Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992), Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández*, Referencia: Expediente N°. 6897 Actor: Gustavo Eduardo Ramírez y otro, en esta sentencia se refiere a Una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasó inconsultada e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y de la cual el mayor interesado y afectado nada sabía. Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas. Los médicos podrán exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento

La condena se realizó en los siguientes términos:

Los perjuicios materiales se liquidarán sobre la base salarial antes anotada, la cual deberá actualizarse mediante la fórmula:  $V_p : V_h \text{ Índice Final} / \text{Índice Inicial}$ ; donde  $V_p$ , es el valor presente;  $V_h$ , es el valor presente;  $V_h$ , es el valor histórico (\$ 25.637.40); Índice Inicial el que regía en julio de 1988 (93.34) e Índice Final el vigente a la fecha en que se proyecta este fallo (243.87).

$$V_p : 25.637.40 \frac{243.87}{93.34} = \$ 66.983.00$$

Valor de la renta actualizada \$ 66.983.00

*Indemnización debida, antes de la reducción (20%) :*

Comprende desde la época en que se causó el daño hasta la fecha de esta providencia, es decir <48.6 meses. Se utiliza la fórmula :

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$
$$S = 66.983.00 \frac{(1+0.004867)^{48.6} - 1}{0.004867} = 3.662.619.51$$

Indemnización futura, antes de la reducción (20%):

Abarca desde la fecha del fallo hasta el cumplimiento del término de vida probable, el cual, de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria corresponde a 42.66 años ó 512 meses.

$$(1 + i)^n - 1$$

Se utiliza la fórmula :  $S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n} =$

$$i (1 + i)^n$$

$$(1 + 0.004867)^{512} - 1$$

$$S = 66.983 \frac{(1 + 0.004867)^{512} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{512}} = 12.616.889.23$$

$$0.004867 (1 + 0.004867)^{512}$$

Valor total de la liquidación : \$ 16.279.508.74, antes de la reducción (20%); se entiende la que tendría derecho si la incapacidad hubiera sido del 100 por 100%, pero como perdió sólo un 15% de la suma anterior se deduce un 15% correspondiente a la pérdida de capacidad laboral, cuyo valor es de \$ 2.441.926.31, monto éste del cual hay lugar a descontar un 20% que corresponde a la proporción en que dada la concurrencia de culpa del actor se atenúa la responsabilidad pecuniaria del Instituto de Seguros Sociales, para obtener como cifra indemnizatoria definitiva, por concepto de perjuicios materiales la cantidad de \$ 1.953.541.04.

Advierte la Sala que el Señor Fiscal Colaborador al momento de rendir su concepto propuso la caducidad de la acción por cuanto si el hecho sucedió el 8 de julio de 1988 y la

demanda se presentó el 9 de julio de 1990, "a la fecha de la presentación de la demanda, el plazo para el ejercicio de la acción directa había caducado".

No comparte la Sala la forma de calcular el término de caducidad por parte del Ministerio Público, toda vez que si bien es cierto el hecho dañoso se produjo durante la intervención quirúrgica, la situación fue prolongada en el tiempo por el propio Instituto de Seguros Sociales al pretender días más tarde, el 24 de julio, hacerle un injerto con resultados negativos, de donde se infiere que realmente sólo hasta esta segunda intervención se consolidó y aseguró la consecuencia dañosa que originó la demanda, fecha esta última frente a la cual no había transcurrido el plazo de caducidad cuando se introdujo el 9 de julio de 1990 la demanda ante el Tribunal Administrativo de Risaralda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

**FALLA:**

PRIMERO : Revócase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 12 de julio de 1991, por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO : Declárase administrativamente responsable, en proporción de un ochenta por ciento (80%), al Instituto de Seguros Sociales por los daños causados al señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales al ser intervenido quirúrgicamente por médicos de dicha entidad, el ocho (8) de julio de 1988.

TERCERO : Como consecuencia de la anterior declaración condénese al Instituto de Seguros Sociales a pagar los siguientes valores :

a) Por concepto de indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino para Gustavo Eduardo Ramírez Morales y la equivalencia en pesos a 400 gramos del mismo metal para su esposa Adielá Ocampo Rivera.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia y los interesados allegarán copia de la certificación con las respectivas cuentas de cobro.

b) Por concepto de indemnización por perjuicios materiales en favor de Gustavo Eduardo Ramírez Morales la suma de un millón novecientos cincuenta y tres mil quinientos cuarenta y un pesos con 04 / 100 (\$ 1.953.541.04) moneda legal.

CUARTO : Deniéganse las demás pretensiones.

QUINTO : Para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál resulta idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos (artículo 115 del C. de P.C.).