

MDA 0017
2014
Ej. 1

1323979

**APLICACIÓN DEL RIESGO EXCEPCIONAL EN LA RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL
EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A PARTIR DE 1984**

**LISSETTE PAOLA INSIGNARES DE LA HOZ
PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**DIRECTOR
EDGAR ANDRES QUIROGA NATALE**

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BARRANQUILLA

2014

1

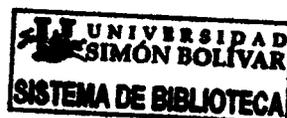


TABLA DE CONTENIDO

1. TITULO, PROBLEMA, OBJETIVOS Y METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.....	5
1.1. TITULO.....	5
1.2. PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	5
1.2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.2.2. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA.....	5
1.2.3. FORMULACION DEL PROBLEMA.....	7
1.3. OBJETIVOS.	7
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	7
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	8
1.4. METODOLOGÍA.....	8
1.4.1. PARADIGMA.....	8
1.4.2. TIPO.	8
1.4.3. METODO.....	8
1.4.4. TECNICA.....	8
1.4.5. POBLACION Y MUESTRA.....	9
2. DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	10
2.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	10
2.2. DE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	11
2.2.1. DEL DAÑO ESPECIAL.....	11

2.2.2. DEL RIESGO EXCEPCIONAL.....	14
2.2.3. DE LA RELACIÓN ENTRE EL RIESGO EXCEPCIONAL Y EL DAÑO ESPECIAL	16
3. DEL RÉGIMEN OBJETIVO DEL RIESGO EXCEPCIONAL.....	19
3.1. ORIGEN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL EN FRANCIA.....	19
3.2. APARICIÓN DEL RIESGO EXCEPCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.....	25
3.3. CONCEPTO DE RIESGO EXCEPCIONAL.....	27
3.4. DISTINCIÓN ENTRE ACTIVIDAD PELIGROSA Y RIESGO EXCEPCIONAL.....	29
3.5. ELEMENTOS DE RIESGO EXCEPCIONAL.....	31
3.5.1. TENDENCIA ACTUAL ACERCA DE LOS ELEMENTOS O PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	33
3.6. CAUSA EXTRAÑA.....	44
3.6.1. FUERZA MAYOR.....	46
3.6.2. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.....	47
2.6.3. HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO.....	49
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DEL TÍTULO OBJETIVO DEL RIESGO EXCEPCIONAL EN EL CONSEJO DE ESTADO.....	51
4.1. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR REDES DE ENERGÍA ELÉCTRICA.....	52
4.2. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VEHÍCULOS TERRESTRES.....	60
4.3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL USO DE ARMAS DE FUEGO.....	73

4.4. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CUANTO A LOS
CONSCRIPTOS.....89

4.5. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS
TERRORISTAS.....97

**5. APLICACIÓN DEL TÍTULO DE RIESGO
EXCEPCIONAL.....113**

5.1. PRINCIPIO DE IURA NOVIT CURIA Y EL NO PRIVILEGIO DE NINGUN REGIMEN DE
IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL
ESTADO.....113

5.2. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL TITULO OBJETIVO DE RIESGO
EXCEPCIONAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO.....117

6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACION.....121

CONCLUSIONES.....124

BIBLIOGRAFÍA.....127

1. TITULO, PROBLEMA, OBJETIVOS Y METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.

1.1. TITULO.

Aplicación del riesgo excepcional en la responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del consejo de estado a partir de 1984¹.

1.2. PROBLEMA DE INVESTIGACION.

1.2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En la actualidad la responsabilidad extracontractual constituye una prerrogativa constitucional para la efectividad de los derechos humanos frente al ejercicio antijurídico de la actividad Estatal dentro de un Estado Social de Derecho. Empero, las diferentes decisiones jurisprudenciales del máximo órgano de la jurisdicción administrativo presenta puntos o posiciones diferentes frente a la resolución de similares supuestos facticos y jurídicos, con vistas a la aplicación del título del riesgo excepcional.

Dicho lo anterior, es relevante dentro de esta investigación hallar una tendencia jurídica con la que se pueda aplicar de forma efectiva el título objetivo del riesgo excepcional en la responsabilidad extracontractual del Estado, superándose así, la ausencia de confusiones o claridad frente al tema, por lo no pacífico y uniforme del mismo en un sistema como lo es el Colombiano desarrollado durante años y hasta nuestros días a través de la jurisprudencia.

1.2.2. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA.

Hoy por hoy la responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado derivada de la aplicación del régimen objetivo de riesgo excepcional por actividades peligrosas, despierta –como desde antaño- entero interés en el campo de aplicación jurídica frente al ejercicio y garantía de los derechos

¹ Nota: El título de esta investigación está delimitado de la siguiente manera a saber:

- a) Delimitación temática: El riesgo excepcional; como título dentro del régimen objetivo de responsabilidad extracontractual del Estado.
- b) Delimitación Espacial-Orgánica: En el Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa de Colombia.
- c) Delimitación Temporal: A partir de 1984, en tanto el Consejo de Estado empezó a pronunciarse (a través de sus sentencias) en el tema a partir de la referida época.

iusprincipalistas establecidos dentro del Estado Social de Derecho contemplado en la constitución de 1991².

Obedece lo anterior, a que el Estado a través de sus agentes, en desarrollo de sus cometidos³, despliega actividades peligrosas, con el pleno cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales que les han sido conferidos –esto es sin falla-, causando, no obstante, daños a terceros.

Justamente, el fenómeno de la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado en la carta política de 1991, se dio no solamente en aras de complacer a quienes de años atrás clamaban una normatividad para la responsabilidad del Estado que no se sustentara en el tan refugiado derecho civil como el sistema jurídico en el que por analogía y excelencia se había aplicado en la fundamentación en derecho de los fallos de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que existiere un régimen jurídico perteneciente propiamente al derecho público.

Sin duda lo real y verdaderamente significativo, era que se declarara que al respecto de la Responsabilidad atinente al Estado existían a favor del ciudadano unas facultades *ius* - fundamentales y unos deberes en cabeza de las autoridades públicas - en su término genérico, es decir de todas las existentes; deberes inmediatamente relacionados a los cometidos Estatales de amparar y asegurar la efectividad del derecho a la vida, la honra y los bienes de las personas. Derechos que hacen parte del contrato social, pues de manera imperativa están ligados inherentemente a la razón de ser del Estado.

De suerte que la responsabilidad del estatal se vislumbró como una proposición totalmente admitida, por ser tan clara y evidente la necesidad de plasmarse en la norma de normas del ordenamiento jurídico colombiano, tal como hasta en la actualidad puede constatarse.

²ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

³ ARTICULO 2o. 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.

Así, en desarrollo de los postulados constitucionales el Consejo de Estado se vio obligado a ir sustrayendo de sus providencias lo traído en principio de la jurisdicción ordinaria –en materia de responsabilidad civil extracontractual-; haciendo paso a paso propios los criterios y argumentos con que se resolvían los problemas jurídicos alrededor del régimen objetivo del riesgo excepcional por responsabilidad patrimonial, tomando posición y juicios jurídicos de valor, teniendo en cuenta también los conceptos y fundamentos provenientes del desarrollado derecho público francés, que toma como suyos. Sin embargo, dicha actividad no ha sido del todo pacífica y uniforme –como se dijo en el planteamiento del problema de investigación-, y se han generado confusiones semánticas, privilegio de títulos o regímenes aplicados –como si pudiese hacerse ello en forma automática-, situación que ha generado algunos fallos adversos al sentido de la justicia.

1.2.3. FORMULACION DEL PROBLEMA.

Esta investigación pretende plantear una solución a la pregunta:

¿Cómo aplicar efectivamente el título de riesgo excepcional, desarrollado a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a los casos relacionados con la responsabilidad extracontractual de tipo objetiva del Estado?

En ese sentido, es un compromiso de esta investigación encontrar una solución jurídica que genere un enfoque racional y pragmático de la aplicación armónica de la teoría del Riesgo Excepcional desarrollada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado en Colombia, como parte determinante dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado en la realización de los derechos intrínsecos del ser humano.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. OBJETIVO GENERAL: Analizar la aplicación del riesgo excepcional, desarrollado a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a los casos relacionados con la responsabilidad extracontractual de tipo objetiva del Estado.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

A) Establecer la relación del título de riesgo excepcional con los otros títulos, e identificar su correcta aplicación.

B) Determinar la aparición y causas extrañas en la imputación de responsabilidad extracontractual del Estado bajo el título de riesgo excepcional.

C) Analizar las situaciones fácticas y jurídicas en las que el Consejo de estado ha procedido a endilgar al Estado responsabilidad bajo el título objetivo –de riesgo excepcional- en materia de responsabilidad extracontractual.

D) Precisar los principios o factores que han influido en la aplicación del riesgo excepcional en la jurisprudencia y su importancia axiológica dentro del Estado social de derecho.

1.4. METODOLOGÍA.

1.4.1. PARADIGMA.

El presente estudio se encuentra enmarcado en el paradigma de histórico-hermenéutico de investigación, propio de las ciencias jurídicas, pues se persigue interpretar y comprender la aplicación del título de riesgo excepcional, a partir del análisis de casos decididos por el máximo órgano de la jurisdicción administrativa desde 1984.

1.4.2. TIPO.

Esta investigación jurídica -aplicada- en armonía con el paradigma mencionado, no puede tratarse sino de una investigación de tipo cualitativa, que permitirá presentar una visión de la realidad del estado actual de la aplicación del título de riesgo excepcional dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado en torno a las posturas o consideraciones jurídicas del Consejo de Estado.

1.4.3. METODO.

En este trabajo de investigación ha de aplicarse el método inductivo de la hermenéutica jurídica a través del cual se observara, clasificara y estudiaran los diferentes casos decididos por el Consejo de Estado en aplicación al título de riesgo excepcional por actividad peligrosa; lo que permitirá a esta investigadora obtener o derivar una visión generalizada de su correcta aplicación.

1.4.4. TECNICA.

Esta investigación abordará como fuente técnica el análisis documental o indirecto, a través de:

a) La Jurisprudencia: Con la que se realizara el análisis de casos frente al tema del riesgo excepcional, lo que permitirá el empleo del método inductivo de investigación, que como es sabido va de lo particular a las leyes generales del objeto en estudio.

El estudio de jurisprudencia permitirá obtener los conocimientos, experiencias y avances más significativos de la aplicación del título de riesgo excepcional en la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que se traducirá en un resultado satisfactorio de la investigación.

b) La Doctrina: Mediante la cual se obtendrá con precisión información de carácter científico y necesario para comprender y precisar acepciones alrededor de la temática de la investigación.

c) Legislativa: En aplicación de esta técnica se tomarán los postulados constitucionales colombianos inherentes al tema de responsabilidad extracontractual del Estado a través de los cuales el Consejo de Estado ha fundamentado su labor de desarrollar jurisprudencia del título de Riesgo Excepcional.

d) Hemerográficas: Se tomarán en esta investigación información científica publicada a través de revistas jurídicas especializadas, en lo concerniente a los artículos vinculados con el objeto de la investigación con lo que se logrará una profundización con las fuentes de información antes referidas.

1.4.5. POBLACION Y MUESTRA.

Como Población esta investigación tiene toda la Jurisprudencia del Consejo de Estado, relacionada con la decisión de casos en aplicación del título de riesgo excepcional para la impartición de justicia en materia de responsabilidad -objetiva- extracontractual del Estado. En virtud, de lo cual se tomaron como muestra, treinta y siete (37) sentencias, las cuales dan cuenta con claridad de la evolución y estado actual del título de riesgo excepcional.

2. DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

2.1. DEFINICION DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Para Leguina Villa: "...no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles."⁴

Tenemos entonces que la responsabilidad de carácter objetivo se refiere a la eliminación del análisis de la culpa en la determinación de la responsabilidad, es decir, a la exclusión de la falla del servicio.

El Consejo de Estado, en sentencia de siete (7) de abril de dos mil once (2011), C.P.: Mauricio Fajardo Gomez. Exp.: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750), precisa dicho título subjetivo así: "...el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"¹, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo

...la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía."

⁴ Tamayo, Javier. La Responsabilidad Del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico Editorial Temis. Santa Fe De Bogotá. 1.997. p. 17.

en el estudio de la atribución o imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado; - régimen objetivo- el accionante deberá probar la existencia del daño y la imputación (fáctica y jurídica) de la administración. Régimen en el que no podrá quedar exonerado el Estado, al probar que su actuar estuvo revestido de diligencia y cuidado –pues lo anterior, sería exiguo e insignificante-.

Únicamente podrá quedar el estado liberado de responsabilidad cuando acredite la ocurrencia de una causa extraña (fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero o hecho exclusivo de la víctima).

2.2. DE LOS REGIMENES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Del régimen de responsabilidad objetiva en la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado dos (2) diferentes teorías o títulos de responsabilidad, que son: el daño especial y el riesgo excepcional.

Sea lo primero abordar lo concerniente a las características propias del Daño Especial, luego, las del Riesgo excepcional, seguidamente la relación (semejanzas y diferencias) entre ambos, en aras de perfilar el norte de este trabajo.

2.2.1. DEL DAÑO ESPECIAL.

Del Daño Especial, ha dejado claro el honorable Consejo de Estado que: "...en casos en los que el daño antijurídico alegado por la parte actora provenga de una actuación legítima del Estado, la jurisprudencia constante y coherente de la Sala ha sido la de considerar que el análisis de la procedencia de la declaratoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se hará en términos de la figura del daño especial, en la medida en que dicha actuación ajustada al ordenamiento jurídico pudiere generar un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas que deben asumir los habitantes del territorio, por ello la Sala ha afirmado que:

"Se indica que en principio puede ventilarse esta controversia en sede de reparación directa, sin embargo, para que ello sea procedente es menester que se reúnan fundamentalmente las siguientes condiciones: i) Que se trate de un acto administrativo legal, esto es, que se trate de una actuación legítima de la administración; ii) Que se acredite que la carga impuesta al administrado sea

anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas o violación de la justicia distributiva).

"La procedencia de la acción no depende de que el actor escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, tal elección depende directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para que el daño causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico, es menester lograr su anulación en sede de revisión de legalidad, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es la que corresponde.

"En cambio, cuando el acto administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico, no obstante lo cual causa un daño, ese daño sólo comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando de él pueda predicarse el carácter de antijurídico, el cual resulta de la demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados, demostración que debe tener lugar en el ámbito de una acción de reparación directa"⁵.

En idéntico sentido, ha señalado:

"... por lo que hace al daño especial, es necesario entender, ante todo, que el mismo es un resultado colateral, residual de una actuación de la Administración orientada a cumplir su misión del servicio público, que se traduce en un daño que pone en una situación de desequilibrio ante las cargas públicas a la víctima o víctimas del mismo. El daño especial se define como una carga que viola el principio de igualdad de las personas ante la ley..."⁶.

Concluye el Consejo de Estado, que:

"Se trata entonces de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o falla atribuible a la Administración, sino el ejercicio de actividades legítimas que pueden causar daños a los administrados quienes, en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados.

"La procedencia del régimen de responsabilidad por daño especial se sujeta a la concurrencia de los siguientes elementos⁷:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, Exp. 16421, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. 16175, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷ Cit textual del fallo: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 10392. Sentencia del 25 de

"1.- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompa la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

"Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general.

"2.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

"3.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

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

'En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios ...'"⁸.

Conforme a la jurisprudencia referida, la Sala Tercera de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha considerado que en aquellos casos en los que se verifique una actuación legítima por parte de una autoridad administrativa, pero que con cuya ocasión se haya generado un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas en cuanto haya generado un daño antijurídico, se ve comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado –Por Daño Especial–.

septiembre de 1997. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Las consideraciones expuestas en esa providencia fueron reiteradas por la Sala en sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 16980.

2.2.2. DEL RIESGO EXCEPCIONAL.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado:

“... en el presente caso la responsabilidad patrimonial que le asiste a la Nación está configurada a título del régimen objetivo identificado como riesgo excepcional, comoquiera que la entidad demandada se encontraba a cargo de la actividad riesgosa que produjo el daño.

En relación con el aludido régimen de responsabilidad objetiva, la Jurisprudencia reiterada de la Corporación ha sostenido que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue –por parte de la entidad pública o de sus agentes– de actividades peligrosas, lo cual ocurre cuando se utilizan armas de diversas clases, como las de fuego, aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de la actividad quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado⁹; así mismo, en cuanto al reparto de la carga de la prueba que tiene lugar en litigios en los cuales el aludido sea el asunto objeto de controversia, se ha advertido, en forma reiterada, que:

“[A]l actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”.¹⁰

También ha expresó el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en sentencia de veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012). C.P.MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Exp.: 19001-23-31-000-1998-01186-01(24876) que:

“El riesgo excepcional” como título jurídico de imputación requiere (i) que se haya creado un riesgo de naturaleza excepcional, (ii) que el riesgo excepcional creado finalmente se realice y, (iii) que el riesgo de naturaleza excepcional que se ha creado y posteriormente realizado haya sido impuesto de modo perfectamente legal. El riesgo excepcional —cuando se atribuye al uso de armas— no se crea

⁹ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, expediente 15473; sentencia del 4 de diciembre de 2.007, exp. 16.827.

¹⁰ Sentencia de 14 de junio de 2001, exp. 12.696; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; sentencia de abril 27 de 2006, exp. 27.520; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

con el mero porte de éstas por parte de la fuerza pública o con la sola presencia armada de los efectivos de la fuerza pública en el lugar de los hechos, sino por ejemplo por la participación de éstos, en cumplimiento de su misión institucional, en un encuentro armado cuyo desarrollo eleva de manera notable la posibilidad de que pueda recibir daño alguna de las personas o alguno de los bienes que estén al alcance de los medios utilizados en la confrontación. El incremento en la posibilidad de que personas o bienes reciban daños al ser alcanzados por los medios utilizados en una confrontación ha de ser latente y ostensible, puesto que precisamente en eso es en lo que consiste la "excepcionalidad" del riesgo del cual trata este régimen. Pero no basta únicamente con que el riesgo haya sido creado y sea excepcional, ya que soportar la imposición de ese tipo de riesgos no va más allá de lo que debe soportar el administrado y, en cambio, es cuestión inherente a la interacción que se da en una comunidad compleja, jurídicamente organizada, que cuenta con instituciones que tienen a su cargo el uso legítimo de la fuerza. Así pues, la sola imposición del riesgo no habilita a quien diga verse afectado por ello para reclamar una indemnización. Es necesario que el riesgo se realice, pues sólo en tal caso los efectos pueden comportar daño antijurídico. Si el riesgo excepcional impuesto finalmente no se realiza, el daño será "hipotético y eventual" o, aún siendo "actual y cierto"... no será "antijurídico" por no ir más allá de lo que una persona debe normalmente soportar por el hecho de vivir en comunidad y de comportarse en forma solidaria al asumir cabalmente sus cargas públicas. El riesgo se realiza cuando alguna de las personas o de los bienes expuestos al mismo sufre daño, al verse alcanzado por medios o instrumentos utilizados en la confrontación de la cual participa la institucionalidad en su intento por restaurar el orden. Puesto que la responsabilidad extracontractual derivada de la aplicación del título jurídico de imputación "riesgo excepcional" es una forma de "responsabilidad sin falta", aun cuando la administración haya actuado de modo perfectamente legal, de todas formas debe responder por los daños antijurídicos que con su impoluto actuar haya causado. Es plausible, sin embargo, que el riesgo excepcional legalmente impuesto logre realizarse en virtud de un defecto de conducta de la administración. Así las cosas, en este régimen el proceder al cual se atribuye la causación del daño no se examina para confirmar en él un defecto de conducta, sino todo lo contrario, para verificar que no ha sido una falla en el servicio la que ha dado lugar a la realización del riesgo, ya que de existir tal falla, el título jurídico de imputación aplicable debe ser el de "falla en el servicio".

Así por ejemplo, se crea un riesgo a la comunidad cuando en cumplimiento de su deber, agentes de la policía responden proporcionalmente con sus armas de fuego de dotación oficial e inician la persecución en vía pública, tras la huida delincuentes que desenfundaron sus armas contra los oficiales, cuando se vieron sorprendidos en flagrancia cometiendo el delito de hurto contra un taxista, y en medio del intercambio de disparos ocurre la infortunada muerte con arma de dotación oficial de un ciudadano ajeno a la situación.

En el anterior ejemplo vemos que se trata de la configuración de una situación de riesgo excepcional –por actividad peligrosa- en la que en cumplimiento de su deber constitucional y legal desplegaban los agentes de la policía nacional en razón y con ocasión a su servicio y funciones propias; sin embargo, como se ha indicado, ello no impide la imputación del daño antijurídico que ha lugar corresponde responder al Estado, pues los afectados con el hecho dañoso no están en el deber de soportar jurídicamente dicha carga.

2.2.3. DE LA RELACION ENTRE EL RIESGO EXCEPCIONAL Y EL DAÑO ESPECIAL.

En su obra Responsabilidad Extracontractual del Estado - Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, Alier Hernández y Catalina Franco (pág. 17-19) presentan la confusión en la aplicación de los títulos del régimen objetivo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

“B2. La responsabilidad por riesgo. Si bien es cierta la afirmación contenida en el fallo de 28 de octubre de 1976, según la cual”... el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta de servicio”, a partir de 1984 este aserto pierde vigencia, pues el reconocimiento jurisprudencial del riesgo, desde entonces, es indudable¹¹.

En sus inicios, la teoría del riesgo se aplicó únicamente para los daños causados por el servicio de energía eléctrica, bajo el enunciado del "riesgo excepcional", entendiéndose por tal aquél que excede las cargas que normalmente deben soportar los particulares; paulatinamente, sin embargo, el sistema se extendió a todos los casos en los que la actividad del Estado se catalogaba de "peligrosa", tales como el uso de las armas de fuego, las aeronaves, los vehículos automotores, etc.

Pese a que con frecuencia se utilizó, para estos casos, la denominación del "régimen de presunción de falla del servicio", inicialmente y, luego, la de "presunción de responsabilidad", finalmente se entendió que se trataba de una responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que el Estado - para exonerar su responsabilidad -, debía probar, además de la ausencia de falla (exigencia que era claramente innecesaria), la causa externa, es decir el hecho exclusivo de la víctima o del tercero o la fuerza mayor, quedando excluido el caso fortuito que, entendido como causa situada dentro de la esfera jurídica del demandado, carecía de eficacia exonerante.

¹¹ Juan Carlos Henao. Op. Cit. Págs. 756 y ss

Así, es claro que la exigencia de prueba de la ausencia de falla era una carga evidentemente inútil puesto que, al demandado, en todos los casos, le bastaba - para exonerarse - con la demostración de la causa externa; es bien sabido que la prueba de ausencia de falla no rompe el nexo causal, efecto que sí es propio, en cambio, de la causa externa, razón por la cual esta última es suficiente para exonerar de responsabilidad al demandado.

Casi siempre se involucró, al mismo tiempo que el riesgo, el principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas, como razones jurídicas que hacían responder al Estado por los daños que causaba su actividad legítima, lo cual sembró alguna confusión entre los regímenes de responsabilidad por riesgo y el llamado régimen de responsabilidad por daño especial que abordamos enseguida.

B3. El daño especial. Bajo esta denominación funcionó un régimen de responsabilidad en virtud del cual el juez obligaba al Estado, por razones de equidad, a indemnizar los daños especiales y anormales que causara con su actividad a los particulares, sin que dicha actividad pudiese reprocharse de ilegal.

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

Y más adelante, prosiguió:

"Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de derecho público interno suficientes para configurar la responsabilidad"¹².

A este sistema pertenece uno de los primeros fallos del Consejo de Estado que se recuerda, tendiente a indemnizar los perjuicios sufridos por una sociedad, propietaria de un periódico cuya circulación no fue posible por la acción de la fuerza pública¹³; luego se extendió a muchos otros casos, algunos de los cuales responden perfectamente al diseño inicial, tales como la indemnización por la desvalorización de la propiedad inmobiliaria particular causada por la construcción de un puente peatonal¹⁴, y a otros que hoy estarían mejor situados en la teoría del riesgo, como es el caso de la reparación por la destrucción de

¹² Fallo de 28 de octubre de 1976, citado.

¹³ Fallo de 29 de julio de 1947, actor: El Siglo S.A.

¹⁴ Fallo de 30 de enero de 1987, expediente 4493 C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

casa de la demandante por la acción armada del ejército que perseguía un delincuente¹⁵."

Lo anterior impone dejar en claro la diferencia entre los títulos objetivos de responsabilidad extracontractual de daño especial y riesgo excepcional, por lo que es preciso traer a colación la síntesis relacional -de las semejanzas y diferencias- tan acertada que realizó el doctrinante Javier Tamaño Jaramillo, en su obra "La Responsabilidad Del Estado" (págs.74 -75), por la precisa visión con que se refiere a estos, así:

"Tanto la responsabilidad por actividades peligrosas como la derivada del llamado "daño especial", son objetivas¹⁶. Pero su fundamento es diferente, si bien, en algunas ocasiones, un mismo hecho puede enmarcarse dentro de cualquiera de las dos instituciones. Generalmente, el daño especial no se deriva de la peligrosidad de la actividad estatal, sino del ejercicio lícito de sus funciones, como cuando se expide una ley en beneficio de la comunidad y en perjuicio de unos pocos¹⁷. La distinción entre daño especial y actividad peligrosa se justifica, puesto que a menudo¹⁸ se acude al principio de la ruptura de la igualdad de las cargas públicas para justificar todo tipo de responsabilidad estatal. Sin embargo, así el principio se volvería tan abstracto que perdería todo su contenido¹⁹, razón por la cual es preferible guardarlo, básicamente, para la teoría de la responsabilidad por daño especial.

En ese sentido, RIVERO y WALINE expresan lo siguiente: "Desde el punto de vista teórico, un gran número de autores ve en la responsabilidad del poder público, una consecuencia necesaria del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La acción administrativa se ejerce en el interés de todos: si los daños que de ello resultan para algunos no fueran reparados, las víctimas serían sacrificadas en beneficio de la colectividad, sin que nada justifique semejante discriminación; la indemnización reestablece el equilibrio roto en su detrimento. Pero si la igualdad de

¹⁵ El artículo 2 del decreto ley 630 de 1942 disponía que el Estado era responsable por las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal salvo fuerza mayor o culpa de la víctima derivada del empaque defectuoso o adecuado, inconsistente o mal confeccionado.

¹⁶ André De Laubadére, *op.cit.*, núms. 1256 y ss

¹⁷ C. de E., 20 de II, 1989, jurisprudencia y doctrina, t.XVIII, num.208, Bogotá, Edit. Legis, págs.257 y ss.; C. de E., 29, IV, 1994, Gaceta Jurisprudencial, núm. 15, Bogota, Leyer, mayo 1994, págs. 61 y ss. En ese sentido: André De Laubadére, *op.cit.*, núms.1274 y ss.

¹⁸ C. de E., 20 de II, 1989, jurisprudencia y doctrina, t.XVIII, num.208, Bogotá, Edit. Legis, págs.257 y ss.

¹⁹ En ese sentido: Charles Eisenmann, *op.cit.*, pág. 869; André De Laubadére *op.cit.*, núms.1227.

todos delante de las cargas públicas es la justificación teórica de la responsabilidad, de ello no se deduce que todo atentado a esta igualdad deba ser reparada; veremos que solo las que son provocadas por actos que presentan ciertas características jurídicas —falta o creación de riesgo— comprometen la responsabilidad. Hay, pues, que distinguir muy especialmente el problema teórico de la justificación de la responsabilidad, y el problema práctico del hecho generador de la responsabilidad"²⁰.

Como dicen García De Enterría y Fernández: "Es, pues, esta idea del caso fortuito así definida—y no el equívoco postulado de la igualdad ante las cargas públicas en virtud del cual se atribuirían al Estado, como con contrarios al mismo, la generalidad de los riesgos de la vida social— en cuanto evento interior de la empresa administrativa, la que perfila, y al mismo tiempo limita desde un punto de vista rigurosamente técnico-jurídico la extensión del concepto del riesgo creado como causa de imputación de daños a la administración, atribuyendo a esta el deber de resarcir aquellos que sean consecuencia de accidentes producidos por o dentro de la organización administrativa [sic] que no sean debidos a una causa extraña a la misma.

3. DEL REGIMEN OBJETIVO DEL RIESGO EXCEPCIONAL.

3.1. ORIGEN DE LA TEORIA DEL RIESGO EXCEPCIONAL EN FRANCIA.

De la génesis de la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional URIBE GARCÍA, Saúl, en su artículo denominado "La responsabilidad por riesgo", publicado en la revista *Ratio Iuris*, N° 1 (2005), de la Universidad Autónoma Latinoamericana, a página 30; afirma que dicha teoría nace en Francia en el siglo XIX, a raíz de la agitación jurídica que surgió, por la ausencia de indemnización de accidentes laborales, de donde surgió la propuesta de eliminar la idea de culpa para efectos del estudio de la responsabilidad en estos casos puntualmente, exonerando al trabajador del hecho de probar y poniendo en cabeza del empleador la responsabilidad con independencia de cualquier culpa.

²⁰ Jean Rivero y Jean Waline, op. cit, núm.274.

Expone Uribe García, que “el contrato de trabajo estaba regulado por los artículos 1.780 y 1.781 del Código Civil de Francia bajo la denominación de arrendamientos de servicios²¹. Dice Adrien Sachet²², que el primer contrato de molde civil que ha sido roto por el maquinismo es el de locación de servicios. Si bien era una regla excelente para un obrero tomado aisladamente o para una reunión de dos o tres obreros, es insuficiente para un ejército de trabajadores, éste no pudo satisfacer las necesidades de las grandes explotaciones industriales, especialmente para solucionar el problema de las innumerables víctimas como consecuencia de los accidentes ocurridos con ocasión o por razón del trabajo.

En primer lugar, para solucionar el problema de los daños ocasionados en los accidentes de trabajo, se utilizó la teoría de la culpa civil. La víctima de un accidente laboral tenía que demostrar la culpa del patrono conforme el artículo 1.382 del Código Civil Francés²³, de no hacerlo, no obtenía indemnización. Ante el fracaso de la teoría anterior por la dificultad en probar la culpa, se recurrió a la teoría de la responsabilidad contractual. Se propuso que la responsabilidad del patrono no derivara del cuasidelito del artículo 1.382, sino del mismo contrato de locación de servicios. Se argumentaba que el patrón debe devolver al trabajador después de cada jornada, tal como lo recibió al inicio de la misma y si ocurre un accidente del cual resulte dañado, se ha violado la obligación de seguridad que era menester cumplir por parte del patrono, obligación que no surge por responsabilidad extracontractual, sino como producto de una obligación contractual, por tanto se presume en culpa al patrono y para eximirse de responsabilidad debe probar fuerza mayor o caso fortuito o culpa del propio trabajador. Esta teoría tuvo sus opositores quienes argumentaron que en el contrato de trabajo el patrono no consiente en su voluntad de obligarse por el detrimento en la integridad corporal o psíquica del trabajador, es la ley y no el contrato la que impone la obligación de reparar el daño. Ante el fracaso de las dos teorías anteriores, dice Louis Josserand²⁴, se pensó en utilizar el artículo 1.386 del Código Civil bajo la égida de los daños causados no sólo por la ruina de un edificio, sino por una cosa inanimada cualquiera, mobiliaria o inmobiliaria²⁵. Por cuestión de técnica jurídica no se podía aplicar este precepto porque siempre se refería a vicios de construcción, además imponía a la víctima la prueba de un defecto de conservación o de un vicio de construcción.

²¹ Nota: en Colombia estaba regulado por los artículos 2045 a 2052 del Código Civil bajo el nombre de Arrendamiento de criados domésticos.

²² SACHET, Adrien. Accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. t. I. Buenos Aires. Alfa. 1.947. p.

²³ El artículo 1.382 del Código Civil francés, en su contenido, equivale al artículo 2341 del Código Civil Colombiano. El criterio de imputación es la culpa probada.

²⁴ Josserand, Louis. Derecho civil. Tomo II. V. I. Buenos Aires. Bosch. 1.950. p. 410.

²⁵ El artículo 1.386 del Código Civil de Francia, en su contenido, equivale al artículo 2350 del Código Civil Colombiano.

Pertinaz continuaba Louis Josserand por encontrar solución al problema de los accidentes laborales sin solución de indemnización, que al encontrar el remedio, dice él, no estaba por inventar; existía ya desde 1.804 y se apoyaba en el apartado primero del artículo 1384 del Código Civil que preside la responsabilidad de pleno derecho y que consagra formalmente la responsabilidad del guardador de una cosa cualesquiera sin hacer intervenir en modo alguno la idea de culpa. Se es responsable por el hecho propio, por el de las personas de las que se deba responder "o de las cosas que se tienen bajo guarda" (inciso primero. Art. 1.384). Antes de volcar la atención en la primera parte del artículo 1.384, dice Louis Josserand: "Nadie pensaba en utilizarlo para mejorar la situación de la víctima, por cuanto el daño causado por las cosas inanimadas, distintas de los edificios caídos en ruina, era tributario de la responsabilidad delictual, la víctima no podía obtener reparación, sino en los términos de los artículos 1.382 y 1.383, con la condición consiguiente de probar la culpa del demandado"²⁶. Para sustentarla con respecto a los infortunios laborales se argumenta que basta establecer que se ha producido un daño y buscar el vínculo de causalidad entre el hecho del trabajo y ese daño, para proclamar de modo inmediato la responsabilidad que incumbe al dueño de la cosa, en este caso de la empresa por los daños producidos.

En el mismo año (1.897), Raymond Saleilles, en su obra "Los accidentes de trabajo y la responsabilidad civil" expone su teoría acerca de los accidentes laborales con la cual pretende que, basado en ella, la víctima de los infortunios laborales logre en todos los casos, indemnización por los accidentes laborales. La idea en cuanto a sus efectos era la misma expuesta por Josserand: borrar toda idea de culpa y de esa manera relevar al trabajador de su prueba, siendo responsable el patrón independientemente de cualquier culpa. Para sustentarla se basó en el riesgo, resumida de la siguiente manera: "El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa"²⁷. Nació de esta manera la teoría del riesgo.

Con los argumentos anteriores y al prescindir de la culpa cuando el daño era causado por el hecho de las cosas o basados en la teoría del riesgo, bastando únicamente la causalidad entre el daño y el hecho de la cosa o el riesgo, nace al mundo jurídico la teoría de la responsabilidad objetiva. Josserand con la tesis de la responsabilidad a causa de las cosas que se tienen bajo guarda y Saleilles con la teoría del riesgo, confluyeron a un punto común: el fundamento de la

²⁶ Josserand. Op. Cit., p. 410.

²⁷ MAZEAUD, Henry y León Y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1.963. Tomo I. V. I. p. 87.

responsabilidad civil no es ya la culpa, sino el acto dañoso, cuya neutralización se logra mediante la reparación del daño.

Las ideas así propuestas tuvieron influencia en el Tribunal Francés quien el 16 de Junio de 1.897 condenó al propietario de un remolcador por la muerte del mecánico ocasionada por una explosión de la caldera, por el sólo hecho de ser propietario aunque el defecto se debiera a causas externas, como defectos de fábrica o causas desconocidas así demostrara culpa en el fabricante. Dice Josserand, que ese es el fallo inaugural de la Corte de Casación y que después de ese se han dictado centenares, consagrando la responsabilidad de pleno derecho, fundamentados en el artículo 1.384 y sin exigir la prueba de la culpa cometida por el adversario.

La teoría propuesta por Saleilles y Josserand fue y es producto de los más polémicos y enconados debates a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo, no sólo en Francia, sino a nivel mundial y refutada por los partidarios de la tesis tradicional de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil. Se concluye con las tesis de Josserand y Saleilles: "es el punto de partida de la evolución jurisprudencial y del movimiento doctrinal de mayor importancia, sin duda, tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista teórico, de todos los manifestados desde 1.804. Saleilles y Josserand se apoderaron de esa sentencia y construyeron, sobre el terreno del artículo 1.384, párrafo 1º, una teoría completa a causa de las cosas"²⁸.

Continuando con la responsabilidad por los accidentes ocurridos en derredor de la relación laboral, fue promulgada en Francia la ley del 9 de Abril de 1.898, posteriormente modificada en varias ocasiones, relativa a la responsabilidad de los accidentes de que los obreros son víctimas en su trabajo. El motivo de expedición de la ley, dicen algunos, estuvo precedida por el dilema suscitado entre la necesidad de probar la culpa conforme el artículo 1.382 y la relevancia de probarla acorde con la teoría de Josserand y Saleilles, fundamentada en el artículo 1.384. En el primer caso se hacía nugatoria la pretensión indemnizatoria, en el segundo se concedía siempre la indemnización. De esta manera, se dice que todos los argumentos expuestos por Josserand y Saleilles fueron absorbidos por esta ley y efectivamente la idea de culpa ha sido suprimida y sustituida pero únicamente en materia de accidentes laborales por otro concepto, conforme al sistema de responsabilidad objetiva que se pregonaba para la responsabilidad por accidentes laborales: el de Riesgo Profesional. Así, los partidarios de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil manifestaron no tener argumentos para referirse a la teoría objetiva, porque según ellos, ésta había sido absorbida por la ley de accidentes laborales, fin principal por el cual se había creado. Los hermanos Henry y León Mazeaud y otros partidarios de la culpa reconocieron el

²⁸ MAZEAUD Y TUNC. Op. Cit., Tomo II. V.I. p. 119.

éxito de las tesis, fundada en las necesidades prácticas de la hora y hacer expedita la indemnización de los obreros víctimas de accidentes de trabajo²⁹. Pero las tesis de Saleilles y Josserand no terminarían con la ley de accidentes laborales, antes por el contrario, era el comienzo de lo que Sachet³⁰ ha denominado como el punto de partida de una revolución jurídica bajo la apariencia seductora de una medida de equidad y buen sentido social para garantizar la indemnización de perjuicios por los accidentes laborales. Las teorías acerca de los accidentes laborales continuaron en evolución hasta llegar a la teoría del riesgo social, más comúnmente conocida como seguridad social obligatoria. A la par, las tesis que sustentaban una responsabilidad alejada de toda idea de culpa también continuaron en evolución. Es verdad que el fin para el cual fueron propuestas se había satisfecho así hubiese sido indirectamente mediante la aplicación de una ley, pero la multiplicación de accidentes causados por cosas inanimadas no ya únicamente en el ámbito de los accidentes de trabajo hacía imperioso que las teorías propuestas por Josserand y Saleilles continuaran vigentes y más arraigadas. ¿Si los partidarios de la culpa miraron con buenos ojos las tesis propuestas para lograr la indemnización de perjuicios de los obreros por los accidentes laborales, por qué rechazaron de plano las mismas tesis aplicadas para los accidentes ocasionados por fuera de relaciones laborales? .Igual dificultad para probar la culpa se presentaba tanto en los accidentes laborales, como en los no laborales y la multiplicidad de los mismos era creciente."

No obstante, cabe indicar, que a partir de ese momento histórico nace la teoría del riesgo excepcional, asentando que toda actividad que cree un riesgo o peligro, tiene a su autor por responsable de los daños que se produzcan en el desarrollo de la actividad riesgosa, eximiendo de la carga de la prueba a la víctima e imponiéndose la responsabilidad sin necesidad de que se configure los elementos indicativos de culpabilidad en cabeza del autor.

Del concepto de riesgo dice Sarmiento García, que es "la contingencia de un daño, y la teoría del riesgo presenta al riesgo como sustitutivo de la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil, lo cual implica el desconocimiento total –o la prescindencia– de la culpa, concepto en el que se basa toda la teoría tradicional de la responsabilidad civil"³¹.

Fue así como una de las primeras manifestaciones jurídicas del derecho Francés en las que cobra vida la teoría de la responsabilidad por riesgo y se resalta la misma, fueron la sentencia de 16 de junio de 1897 y la ley de 9 de abril de 1898, pues en ellas se entiende que así lo permitió el artículo 1384 del *Code Napoléon*.

²⁹ MAZEAUD Y TUNC. Op. Cit., Tomo II. V. I. P. 119.

³⁰ SACHET. Op. Cit., p. 9.

³¹ SARMIENTO GARCÍA, cit. p. 180.

Tal como en la Revista de Derecho, Volumen XXII - Nº 2 – de Diciembre 2009, a Página 69 lo confirma; fue como se empezó a disminuir el inconveniente reseñado, y la Corte de Casación de Francia empieza aplicar un principio general de responsabilidad por causa de las cosas, que dispensa a la víctima de probar la culpa del que guardara la cosa causante del daño.³²

“Esta crisis técnica se prolonga, en el ámbito de la investigación universitaria, con la decadencia de la Escuela de la Exégesis. El culto a la ley no debe llevar a excesos. La ley no ha podido prever todas las dificultades que pueden ocurrir en la práctica.

El intérprete puede apoyarse para realizar su tarea en la equidad, la historia o la sociología, liberándose así de la sujeción estricta a la letra de la ley. De ahí proviene la denominación de “Libre investigación científica” que ha sido dada a esta nueva escuela de pensamiento.”³³

“De allí en adelante, la teoría del riesgo fue evolucionando y la doctrina propuso diferentes variantes en su fundamentación. En principio se hablaba sólo de riesgo, luego de la teoría del riesgo – beneficio, riesgo creado, riesgo profesional, riesgo de desarrollo, riesgo social, riesgo de empresa, riesgo del aire, riesgo aceptado, riesgo previsto, riesgo permitido, etc.”³⁴ Todas esas modificaciones buscaban circunscribir el campo específico de aplicación de la teoría del riesgo, y proporcionarle sustento a la responsabilidad objetiva en los casos de daños producidos por el auge del maquinismo producto del segundo periodo o etapa de la revolución industrial.

Ahora bien, tenemos que “El derecho colombiano ha sufrido una acentuada influencia del derecho Francés, no solo porque don ANDRES BELLO se inspiró en el código de Napoleón, sino porque la mayoría de los autores han seguido la doctrina y la jurisprudencia francesa, al igual que los legisladores, que ha retomado el espíritu y los textos del derecho de aquel país. Estudiando la jurisprudencia y la doctrina colombiana vemos como se discute sobre la base de las soluciones dadas por los tribunales y autores franceses”³⁵.

³² Civ. 16 juin 1896, s 1896, 1, 17, not p. esmein, d 1897, 1, 433, note r. saleilles, concl. l. sarut.

³³ Cfr. Geny, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Sirey, 1899, rep. Igdj, 1954).

³⁴ URIBE GARCÍA, cit., p. 38

³⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Editorial Legis, Bogotá 2007, pág. 860.

3.2. APARICION DEL RIESGO EXCEPCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

La teoría del riesgo excepcional en la jurisprudencia del Consejo de Estado tuvo su génesis en la necesidad de no desconocer la reparación a que había lugar cuando en efecto el Estado había causado un daño, y aun cuando este, no se subsumiera en los elementos presupuestales del régimen subjetivo de falla o falta del servicio. De esta forma dejó a un lado, aun cuando no de manera absoluta la normatividad del Código Civil; ello encontraba su fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado que consagraba la Constitución Política³⁶ en el título tercero de los derechos civiles y garantías sociales del Estado de Derecho.

Es así como mediante providencia del 02 de febrero de 1984, expediente 2744, Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún, 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 fué la caída de un cable de energía de la administración, ésta 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; y el artículo 30 de la Constitución, que estatuye a la propiedad como función social que implica obligaciones; obligaciones que incluyen no sólo el deber de abstenerse de causar daño sino también el deber de repararlo, cuando éste llegue a producirse. Todo, sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa.”

“El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos... 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...” “... El riesgo especial que obviamente

36 Constitución Política de 1886, artículo 16 el cual establecía que el deber de las

implica la conducción de energía, se produjo, con las consecuencias anotadas, sufridas por un tercero. Debe concluirse por consiguiente que se configuran aquí los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado, condicionada en este caso por el riesgo excepcional y que por, lo tanto, el actor tiene derecho a indemnización."

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, el Consejo de Estado fue enfático en el por qué es deber del Estado responder cuando a pesar de haber prestado el servicio un servicio con diligencia y cuidado, se creó un riesgo excepcional. Así lo puso de manifiesto en diferentes providencias que comenzaron a darle fuerza al origen de esta teoría, en los casos relacionados con el servicio de energía, en los siguientes términos:

"... debe agregarse que, por otra parte, la verdadera causa del hecho perjudicial quedó desconocida dentro del proceso. Por esto último es preciso estudiar el presente caso no en el campo de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta por el riesgo excepcional..."

"Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas."³⁷

Igualmente dijo: "Y el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a este tipo de perjuicios, no es en materia alguna caprichoso, no obedece a purismos académicos, sino que se ilustra en el principio de equidad que busca dar solución a la reparación de perjuicios ocasionados con la prestación del servicio público de energía, que en las más de las veces, no encuentran en su origen falla del servicio alguna." "Ello significa que, en múltiples ocasiones, el régimen de responsabilidad administrativa fundado en la falla del servicio es insuficiente para explicar la procedencia de la reparación de perjuicios que, en términos de equidad, deben ser resarcidos no con base en tal régimen como hizo el a-quo, sino con apoyo en la teoría del riesgo excepcional como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corporación..."³⁸

Posteriormente, manifestó: "Pero el hecho de no encontrarse claramente establecido el por qué del accidente, no puede conllevar a dejar sin reparación a la víctima, como lo sugiere la señora Fiscal cuando afirma que, "no se pudo establecer en el presente caso, que los cables conductores de la energía

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 1984, M.P Eduardo Suescún.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de agosto de 1989, Exp.2846, C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

estuvieran en mal estado" (fl.162). Todo lo contrario, dicha situación no es óbice para que, teniendo en cuenta la teoría del riesgo, la responsabilidad de la entidad demandada sea declarada en el presente proceso ya que, precisamente, la teoría del riesgo es ajena a la noción de falla del servicio, y se aplica en el ámbito de los perjuicios eléctricos, en los cuales las más de las veces al azar y lo desconocido en el por qué se producen los accidentes, están presentes." "Por lo anterior pues, considera la Sala que el estudio de la falla del servicio es indiferente en el presente evento, y que la responsabilidad de la entidad demandada debe ser con base en la teoría del riesgo, como efectivamente se hará."³⁹

Los antecedentes que se relacionan condujeron finalmente a que se estudiará bajo la óptica de la teoría del riesgo excepcional los daños provenientes de redes eléctricas de un *perjuicio*, considerando la conducción de energía eléctrica como una actividad peligrosa en la cual se crea un riesgo excepcional, supuesto de responsabilidad objetiva, que sólo libera a la administración, si ésta logra demostrar la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima (causa extraña), como elementos destructores de la relación de causalidad entre el hecho o la omisión y el daño ocasionado."⁴⁰

3.3. CONCEPTO DE RIESGO EXCEPCIONAL.

A nivel jurisprudencial y con fundamento en el principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por las acciones u omisiones contrarias a Derecho que le sean atribuibles, también por aquellas conductas lícitas en cuanto unas u otras ocasionen daños antijurídicos, e incluso ha sido reconocida la operatividad de regímenes en los cuales no se precisa del acaecimiento de falta o falla alguna en el funcionamiento del servicio para que resulte posible deducir responsabilidad respecto de la entidad normativamente encargada de prestarlo; se trata de los denominados regímenes de responsabilidad "*sin culpa*" o "*sin falta*", en los cuales la obligación de indemnizar a cargo del Estado puede ser declarada con independencia de que la actividad de éste o la conducta – activa u omisiva– de sus agentes, se encuentre plenamente conforme con el ordenamiento jurídico; son los referidos eventos en los cuales el Consejo de Estado

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de febrero de 1990, con ponencia del mismo Consejero.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Veintiuno (21) de Octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), exp. 11815, C.P. German Rodríguez Villamizar.

ha reconocido y estructurado los catalogados como títulos jurídicos objetivos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, entre los cuales se encuentra aquel que se fundamenta en el riesgo excepcional⁴¹.

En tratándose de este título jurídico objetivo el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha precisado su definición en sus distintas providencias, de las cuales se ha entendido este régimen como fundamento de responsabilidad en cabeza del Estado cuando quiera que éste compromete su responsabilidad en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, con la utilización de medios o recursos técnicos que colocan a las personas o a sus patrimonios en situación de quedar expuestos a sufrir 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”*.⁴²

De esta misma forma ha afirmado que este título de imputación de responsabilidad del Estado se presenta “cuando el Estado, en cumplimiento de sus deberes y fines constitucionales y legales de servir a la comunidad y promover la prosperidad general, construye una obra o presta un servicio público utilizando recursos o medios que por su propia naturaleza generan un peligro eventual o un riesgo excepcional para la vida, la integridad o los bienes de los asociados, está llamado a responder por los daños que se produzcan cuando dicho peligro o riesgo se realice, por cuanto de no hacerlo estaría imponiendo a las víctimas, en forma ilegítima, una carga que vulneraría el principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas que están llamados a soportar todos los administrados, como contraprestación por los beneficios que les reporta la prestación de los servicios públicos.”⁴³

Lo que pone de presente que existe riesgo excepcional “cuando el daño causado a los administrados es producido por cosas o actividades peligrosas (tales como las realizadas mediante armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.)”⁴⁴, que exceden los

⁴¹ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 11 de febrero de 2009, exp. 17.145, de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530 y del 25 de agosto de 2011, Radicación número: 54001-23-31-000-1998-00624-01 (21883), entre muchas otras.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Veintiuno (21) de Octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), exp. 11815, C.P. German Rodríguez Villamizar.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. 11.162, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente: 15635. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y las cargas normales que dichos administrados deben soportar; habiendo la administración actuado dentro de la legalidad sin que exista al respecto, reproche en su conducta; es decir, es una típica responsabilidad sin falta o responsabilidad objetiva frente a la cual la administración solamente puede exonerarse si demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor o culpa exclusiva y determinante de la víctima.

3.4. DISTINCION ENTRE ACTIVIDAD PELIGROSA Y RIESGO EXCEPCIONAL.

Cumple precisar lo expuesto acertadamente en la revista Opinión Jurídica, volumen 5, - ISSN 1692-2530, de enero-junio de 2006, de la Universidad de Medellín, página 112, en la que se indica que:

"En el derecho Administrativo, además de estar relacionados los conceptos por ser en alguna forma sinónimos, la actividad peligrosa se fundamenta en la teoría, y ya no sólo en el concepto del riesgo excepcional. Esto nos indica que no deben ser tratados igualmente, porque en las actividades peligrosas nos estamos refiriendo a una responsabilidad específica, es, estamos dentro de un caso de responsabilidad particular que tiene como fundamento, como otros casos de responsabilidad, el título de imputación del riesgo excepcional. Al contrario, la teoría del riesgo es lo general, como título de imputación fundamentado en el riesgo anormal y grave que crea la Administración, cimienta la procedencia de la responsabilidad objetiva del Estado, comprometiéndolo por romper el equilibrio de la igualdad ante las cargas públicas en los diferentes campos de aplicación de este régimen de responsabilidad.

Por esta razón, hay que diferenciar la teoría del riesgo del concepto de riesgo inherente a la actividad peligrosa como tal. Este último se debe precisamente a que este tipo de actividades por el desequilibrio o la alteración en las fuerzas que genera, bien sea la actividad desplegada o la cosa en sí por la multiplicación de energía o movimiento, generan de esta manera más peligros de daño de los que generaría una actividad normal. Elemento éste que destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado al referirse a la conducción de vehículos automotores, donde establece que cuando se produce un daño relacionado con dicha actividad, lo que debe analizarse es si éste constituye realización del riesgo, por haberse desencadenando el potencial dañoso de la actividad, o si el resultado es ajeno al riesgo y la actividad peligrosa sólo fue causa pasiva en la producción del daño⁴⁵; mientras que la teoría del riesgo como tal es un factor de imputación que conlleva

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2002, Exp. 13657, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Revista Jurisprudencia y doctrina No.371 de septiembre de 2002, p.2471.

la aplicación de un régimen conceptual y probatorio especial, conocido como responsabilidad sin falta u objetiva; en donde el daño toma una posición determinante frente a la falla y del cual solo se puede exonerar mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o culpa exclusiva de un tercero).

En este punto, como se ha podido observar, la mayor producción en cuanto a actividades peligrosas, al menos en el derecho administrativo, corresponde a la jurisprudencia, la cual ha catalogado unas actividades como peligrosas, lista que hasta ahora no es taxativa, pero que se puede tener en cuenta como precedente en caso de situaciones similares o de nuevas actividades que se inscriban dentro de esos parámetros."

Es preciso dejar destacar, que a pesar de que desde un punto de vista meramente físico algunas actividades desarrolladas por el estado puedan o sean per se peligrosas, ello no es lo determinante al momento de aplicar la teoría de responsabilidad extracontractual del Estado por riesgo excepcional o actividades peligrosas.

Así por ejemplo, se puede afirmar que lo anterior es total acertado pues no es lo mismo que:

a) ocurra una lesión de un particular con de arma de dotación oficial con ocasión al cumplimiento de los deberes constitucionales y legales de agentes de Policía Nacional, quienes en aras de contrarrestar los disparos de ladrones que emprendieron la huida cuando fueron sorprendidos en flagrancia, de manera infortunada hieren al particular que no estaba en el deber de soportar tal carga -configurándose así inequívocamente un riesgo excepcional por actividad peligrosa-.

b) Agentes de policías desenfunden su arma de dotación oficial contra un particular ocasionándole la muerte por el hecho de que éste haya desobedecido la orden de detenerse cuando iba por la vía pública caminando para ser objeto de requisita -sin que el particular si quiera estuviera provisto de arma de fuego, y por tanto menos hubiere podido iniciar un ataque a los oficiales-, entonces, es claro que aquí los agentes de policía asumieron una conducta desproporcional a la causa y efecto de su actuar, y omisivo de sus deberes y funciones de responsabilidad respecto del uso de su arma de dotación oficial; -situación en la que pese a tratarse del uso o actividad peligros, no configura una responsabilidad conforme a la teoría del riesgo, sino una falla del servicio-.

3.5. ELEMENTOS DE RIESGO EXCEPCIONAL.

Como se anotó, en lo que atañe a este régimen de responsabilidad objetiva; la mal llamada "presunción de responsabilidad" se descarta por cuanto sugiere que todos los elementos de responsabilidad como lo son el hecho, daño y relación causal, se presumen⁴⁶.

En el régimen objetivo de responsabilidad "por riesgo" - sin irregularidad de conducta - se deriva entre otros del ejercicio de actividades peligrosas, el factor de imputación son el riesgo que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados. Es por tanto que cuando se prueba que el Estado genera ese tipo de actividad él tiene soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo siempre y cuando se demuestren además los elementos de daño y relación causal salvo que demuestre causa extraña (hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o fuerza mayor) y rompa el nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo.

Así las cosas, el demandante tiene la carga de demostrar la concurrencia de los siguientes elementos Hecho, daño y nexo causal⁴⁷, que se explican a continuación:

a) El hecho dañador: Al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho vinculado al ejercicio de la actividad peligrosa y por esto no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, como si ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; por aquello mismo, el demandado no se exculpa demostrando diligencia y su cuidado.

c) El daño: El actor tiene que demostrar la existencia de un daño(s) con las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga o sobre una situación de acto o de hecho que esté protegida jurídicamente o sobre la cual el Estado haya generado confianza legítima.

d) El nexo de causalidad: El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales,

⁴⁶ Véase, entre otras, la sentencia de 17 de mayo de 2001. Actor: Aura Elcira Zúñiga y Otros. Demandado: Departamento de/ Cauca (Contraloría) y sentencia proferida el día 2 de marzo de 2000. exp. 11.401. Actor: María Nuby López y otros.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, la sentencia de 22 de abril de 2004 Rad. 63001-23-31-000-1997-04420-01(15088). Actor: Israel Cruz Rodríguez y Otros. Demandado: Universidad Del Quindío.

probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.⁴⁸

Sin embargo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp.15187, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, precisó que los elementos antes mencionados corresponden a los presupuestos de configuración del régimen de responsabilidad extracontractual en general y que tratándose del régimen de "riesgo excepcional" se debe predicar tres elementos a saber:

"2.1.1.- Que se haya creado un riesgo de naturaleza excepcional: El riesgo excepcional -cuando se atribuye al uso de armas- no se crea con el mero porte de ésta por parte de la fuerza pública o con la sola presencia armada de los efectivos policiales en el lugar de los hechos, sino por participar éstos en cumplimiento de su misión institucional... 2.1.2.- Que el riesgo excepcional que ha sido creado finalmente se realice: Así pues, la sola imposición del riesgo no habilita a quien diga verse afectado por ello para reclamar una indemnización. Es necesario que el riesgo se realice, pues sólo en tal caso los efectos pueden comportar daño antijurídico. Si el riesgo excepcional impuesto finalmente no se realiza, el daño será "hipotético y eventual" o, aun siendo "actual y cierto" a juicio del demandante, no será "antijurídico" por no ir más allá de lo que una persona debe normalmente soportar por el hecho de vivir en comunidad y de comportarse en forma solidaria al asumir cabalmente sus cargas públicas. 2.1.3.- Que el riesgo de naturaleza excepcional que se ha creado y posteriormente realizado haya sido impuesto de modo perfectamente legal: Puesto que la responsabilidad extracontractual derivada de la aplicación del título jurídico de imputación —riesgo excepcional- es una forma de "responsabilidad sin falta", aun cuando la administración haya actuado de modo perfectamente legal, de todas formas debe responder por los daños antijurídicos que con su impoluto actuar haya causado. Es plausible, sin embargo, que el riesgo excepcional legalmente impuesto logre realizarse en virtud de un defecto de conducta de la administración.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp. 70001-23-31-000-1994-3477-01(13477), C.P. MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ
Véase, entre otras, la sentencia de 17 de mayo de 2001. Actor: AURA ELCIRA ZÚÑIGA Y OTROS. Demandado: Departamento de/ Cauca (Contraloría)

3.5. TENDENCIA ACTUAL ACERCA DE LOS ELEMENTOS O PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

No obstante, como lo afirma Ex Magistrado Alier Hernández Enríquez: "En los últimos años, sobre todo a partir del año 2000, la Sección Tercera ha asumido la tarea de replantear el fundamento de la responsabilidad del Estado en Colombia, partiendo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, norma que, en tanto consagra un principio general debe ser aplicada en todos los casos. Esta tarea se ha abordado, nuevamente, tratando de explicar, en primer lugar, el contenido y alcance de los dos elementos estructurales de dicha responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y su imputabilidad al Estado, y de precisar como en segundo lugar, la naturaleza del régimen de responsabilidad que dicha norma contiene.

Por ello, a la hora actual, todas las decisiones que resuelven problemas atinentes a la responsabilidad extracontractual del Estado toman fundamento en el indicado precepto constitucional, lo cual no ha constituido obstáculo para que se haya encontrado suficiente sustento en la mencionada norma para mantener alguno de los criterios que, con anterioridad a su vigencia, sirvieron para deducir tal responsabilidad.

Así sucede especialmente, con aquellos criterios que permitieron dar fundamento a las denominadas teorías objetivas, utilizando factores de imputación tales como el riesgo excepcional y el daño especial.⁴⁹"

En efecto, la tendencia actual jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha adecuado el examen de los presupuestos o elementos para la configuración objetiva de la responsabilidad extracontractual del Estado, observando los criterios jurisprudenciales de la honorable Corte Constitucional, que ha tenido por tales -presupuestos- al daño antijurídico y la imputación (fáctica y jurídica) así:

A. El daño antijurídico.

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁵⁰ y del Estado impone considerar aquello

⁴⁹ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad del Estado. Análisis Jurisprudencial del Consejo de Estado. Editorial Nueva Jurídica, Bogotá, 2007. Pág. 32-33.

⁵⁰ "(...) 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

que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"⁵¹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

Al respecto, el precedente jurisprudencial constitucional señala 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. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública"⁵².

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"⁵³.

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.

⁵¹ "{...} 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". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)"., ob., cit., p.186.

⁵² 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.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"⁵⁴.

Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"⁵⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵⁶, anormal⁵⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida"⁵⁸.

B. La imputación de la responsabilidad.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"⁵⁹ de la responsabilidad del Estado⁶⁰ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁵⁵ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirte al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁵⁶ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁵⁷ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁵⁸ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁵⁹ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

de los administrados⁶¹ y de su patrimonio⁶², sin distinguir su condición, situación e interés⁶³. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"⁶⁴. Como bien se sostiene en la doctrina:

"La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁶⁵; los daños cubiertos por

⁶⁰ La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁶¹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXEY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁶² "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁶³ La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile* considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁶⁴ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁶⁵ "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la

la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"⁶⁶.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁷ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁶⁸ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁶⁹.

Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁶⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁶⁷ "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.

⁶⁸ 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, Exps.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.

⁶⁹ "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁷⁰, 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 –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; 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 el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

“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 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”⁷¹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁷², según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁷³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁷⁴.

⁷⁰ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁷² 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.

⁷³ 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

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"⁷⁵. 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 descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"⁷⁶.

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"⁷⁷. 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 no⁷⁸. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad

pública compromete al Estado con sus resultados". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷⁴ "Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas". MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.org.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁷⁵ "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.

⁷⁶ MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

⁷⁷ LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

⁷⁸ 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

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 daños⁷⁹.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial 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 proporcionalidad⁸⁰ es necesario para 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 ponderación⁸¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que

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 tomado 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. Exp.14170.

⁷⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁸⁰ "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 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.

⁸¹ "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",

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"⁸².

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional argumenta:

"... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁸³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁸⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado

en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁸² 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.

⁸³ Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁸⁴ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"⁸⁵.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

"En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad⁸⁶, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁸⁶ "En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad decentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.

trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁸⁷⁸⁸.

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁸⁹.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁹⁰, teniendo en cuenta que el riesgo,

⁸⁷ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁹⁰ "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

o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales"⁹¹.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁹², que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

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

3.6. CAUSA EXTRAÑA.

"La atadura entre el hecho aparentemente generador del daño y este puede encontrarse perturbada por la interferencia de causas extrañas, es decir por factores de los que la colectividad publica demandada en reparación busca prevalerse para suprimir o atenuar su responsabilidad bajo el entendido de que

produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas 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.

⁹¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁹² 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.

han jugado un papel en la provocación del daño, aunque sean extraños, de suerte que el hecho dañino no debe serle (totalmente) imputado.⁹³"

Señala Javier Tamayo Jaramillo en su obra la responsabilidad del estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico; que pese a las imprecisiones de la jurisprudencia en algunas sentencias, se puede afirmar que, según el Consejo de Estado⁹⁴, solo la causa extraña libera de responsabilidad en caso de daños derivados del ejercicio de actividades peligrosas o por riesgo excepcional. La causa extraña consiste, en tratándose de la responsabilidad estatal, en el hecho irresistible y jurídicamente ajeno o exterior al Estado⁹⁵. Y que constituyen causa extraña la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima⁹⁶.

Así pues la entidad demandada, para exculparse, o ser exonerada de la responsabilidad que le endilga la parte demandante dentro de responsabilidad extracontractual por riesgo excepcional –así como la de los demás títulos o regímenes- deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se haya sido producido por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero.

En sentencia de 25 de julio de 2002, expediente No.: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180), el Consejo de Estado señaló "En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosa, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquella."

⁹³ CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María (*traductor*). *La Responsabilidad Administrativa (La responsabilicé administrative)*. Editorial Universidad Externado de Colombia (*Edition Dalloz*), 2001 (1996), pág. 93.

⁹⁴ Sobre esta solución véase la abundante jurisprudencia anotada por JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, evolución jurisprudencial*, t. I, vol. 2, págs. 526 y ss.

⁹⁵ Sobre la causa extraña y sus diversas modalidades véase a JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. I, vol. 2, núms. 314 y ss.

⁹⁶ George Vedel y Fierre Delvolvé, *op.cit.* t.1. pág. 617.

3.6.1. FUERZA MAYOR.

Sobre este t3pico punto cabe advertir y se1alalar la diferencia entre la causal eximente de responsabilidad por fuerza mayor y el caso fortuito. Pues este ultimo no constituye un eximente de responsabilidad en favor del Estado, en virtud a que no tiene los elementos requeridos para que se produzca una causa extra1a.

Es as3 como en sentencia de veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), exp.: Radicaci3n n3mero: 15001-23-31-000-1994-04691-01(15494), la Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, estableci3 con claridad:

“En este punto cabe precisar la diferencia entre la causal eximente de responsabilidad por la fuerza mayor y el caso fortuito que no tiene esa virtualidad. La fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hip3tesis indistintamente. Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinc3n entre caso fortuito y fuerza mayor. As3, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el da1o; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del da1o es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito est3 en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza. De manera m3s reciente ha insistido la Sala en la distinc3n entre fuerza mayor y caso fortuito basada en el origen de la causa. De este modo, mientras se demuestre por la parte actora que en el ejercicio de una actividad de las calificadas de riesgo o peligrosas, se le caus3 un da1o que proviene del ejercicio de aquellas, el caso fortuito no podr3 excluir o atenuar la responsabilidad de la persona p3blica, ya que se parte de que el evento ocurrido tiene un origen interno al servicio, la actuaci3n o la obra p3blica. No ocurre lo mismo cuando la causal eximente que se alega es la fuerza mayor, cuyo origen es extra1o, externo a la actividad de la administraci3n, el cual s3 constituye eximente de responsabilidad. Nota de Relator3a: Ver Sentencia de 31 de julio de 1989. Exp. 2852; sentencia de 16 de marzo de 2000, exp. 11.670; del 19 de julio del mismo a1o, expediente 11.842.

Podemos agregar que en lo contencioso administrativo existe una palmaria distinc3n entre la fuerza mayor y el caso fortuito, diferenciaci3n que adquiere mayor inter3s en el marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. Ello habida cuenta de que la fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, y por tanto, externa al

demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, mientras que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado, por cuanto, justamente, la causa inmediata del daño es imputable de cualquier forma a la estructura inherente a la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado.

Podría decirse entonces, tal como lo acento el profesor francés Jacques Moreau, que en el caso fortuito el por qué es ignorado. Con tal argumento el doctor Hernán Guillermo Aldana Duque, ex Consejero de Estado anota que en el evento de que el daño llegue a realizarse por ocurrencia del riesgo, sin culpa de la víctima ni de la propia administración responsable, esta debe, con todo, indemnizar al perjudicado (cfr. La responsabilidad objetiva de la administración en Colombia, España, Francia e italiana. Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 137).

Todo lo relacionado deja claro que la tendencia jurisprudencia y doctrinal considera que en materia de responsabilidad del estado por riesgo excepcional no debe confundirse semánticamente al caso fortuito de la fuerza mayor.

Sin embargo, el doctrinante Javier Tamayo⁹⁷, afirma plegarse a la doctrina que considera que el caso fortuito sí exonera de responsabilidad, pues afirma que conceptualmente, este sinónimo de fuerza mayor. No obstante hace la salvedad de que ello, no significa que este en desacuerdo con los argumentos que marcan la tendencia de fondo de la doctrina y la jurisprudencia administrativas; pues para él existe exoneración del demandado si la causa del daño permanece desconocida o si el hecho causante del daño consiste en una falla mecánica o es el comportamiento de una persona ligada al demandado; empero, mientras la jurisprudencia del Consejo de Estado considera que esas circunstancias constituyen un caso fortuito que no exonera, piensa que dichas circunstancias no exoneran porque no reúnen los requisitos del caso fortuito y de la causa extraña en general, cuales son la irresistibilidad y la exterioridad de una causa conocida y probada.

3.6.2. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.

En sentencia de treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), Exp. 25000-23-26-000-1993-00925-01(17066), el Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, preciso:

⁹⁷ Tamayo, Javier. La Responsabilidad Del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico Editorial Temis. Santa Fe De Bogotá. 1.997. p. 171.

"El hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva del daño, impone la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible a quien lo invoca, en el entendido de que cuando el suceso es previsible o resistible para él, se revela una falla del servicio, como quiera que teniendo el deber de precaución y de protección derivado de la creación del riesgo, no previno o resistió el suceso pudiendo hacerlo. Conforme lo ha explicado la doctrina sólo cuando el hecho o acto "ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.

Así también lo han señalado los hermanos Mazeaud, cuando precisan que la causa extraña lleva "consigo la absolución completa" cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima.

La Sala en varias providencias ha considerado necesaria la prueba de la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso invocado por la entidad demandada, como excluyente de la responsabilidad. Así, en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2000, al definir la invocada culpa de un conscripto que se suicidó dentro del Batallón al cual prestaba sus servicios, precisó que sólo si las condiciones especiales del soldado, o su perturbación eran desconocidas por las autoridades encargadas de su protección, el hecho sería imputable a su autor "por ser imprevisible e irresistible para la administración."

De igual manera, en sentencia proferida el 20 de octubre de 2005, expediente 15.854, al analizar el hecho exclusivo de la víctima invocado por la entidad demandada, la Sala explicó:

"En el caso concreto la Sala encuentra que, por tratarse del ejercicio de una actividad altamente riesgosa, que habría de desarrollarse en una zona urbana y residencial - como lo es el desplazamiento de motocicletas a velocidades comprendidas entre los 100 y los 150 kilómetros por hora -resultaba normal y previsible la presencia de menores y jóvenes, en su condición de principales espectadores, toda vez que son ellos los más atraídos por este tipo de eventos.

..., lo natural es que los niños, jóvenes y adultos circulen por las vías públicas, que quieran ver de cerca una competencia deportiva, rara e importante para ellos y que confíen en que cuentan con la protección debida de las autoridades y organizadores del evento. Dicha situación, permite inferir que la presencia del menor en la vía no era imprevisible para el Municipio y por ende, debió adoptar todas las medidas tendientes a su protección y a la de todos los ciudadanos. Lo anterior permite a la Sala negar la ocurrencia del hecho exclusivo de la víctima, como causa extraña, en consideración a que su proceder no fue imprevisible, ni

irresistible para el municipio que lo invocó. Conclusión que conlleva además a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en que incurrió el municipio al no adoptar las medidas de protección que ameritaba el evento."

Agréguese que a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.⁹⁸

3.6.3. HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO.

De la misma manera ha establecido el Consejo de Estado⁹⁹ que para los efectos de la causa extraña consistente en el hecho del tercero se exonerara de responsabilidad a la entidad demandada, cuando reúna los siguientes requisitos:

⁹⁸ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: "El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva "consigo la absolución completa" cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

⁹⁹ Sentencia de dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.: 25000-23-26-000-1998-00668-01(19287).

(i) Que el hecho del tercero sea la causa exclusiva del daño, porque si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño existiría solidaridad entre éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le dará derecho a éste para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien pague se subrogará en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención. También sobre este aspecto ha dicho:

"...Cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas (los sujetos son su causa eficiente) no se produce una división de la responsabilidad, como si cada una llevara apenas una parte de la culpa sino que por mandato legal surge una obligación solidaria de responder; es decir, que el acreedor o damnificado podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por esto, como lo dice el artículo 1571 del c.c. pueda oponérsele el beneficio de división.

"Esa solidaridad la crea en forma inequívoca el artículo 2344 del mismo código; y este principio se ha adaptado por la jurisprudencia administrativa a la responsabilidad estatal, pese a que el fenómeno de la culpa no pueda manejarse con los criterios privatistas y pese a que los entes estatales no pueden cometer delitos.

...

"En el sentido, cuando se da concurrencia de culpas no se puede dividir la obligación indemnizatoria y menos por la vía de la compensación, como se hizo en el caso concreto al condenar solo con un 50%. En otras palabras, cuando concurre el hecho de tercero con la falla de la administración se da la concurrencia de sujetos responsables y por eso se habla de solidaridad entre éstos, pero cuando el hecho de terceros es exclusivo y determinante será causal de exculpación, porque por sí solo fue el productor del daño"¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 2466. En el mismo sentido, se afirmó en sentencia de 22 de junio de 2001, exp. 13.233: "El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibídem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero

(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado¹⁰¹.

(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor"¹⁰².

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DEL TÍTULO OBJETIVO DEL RIESGO EXCEPCIONAL EN EL CONSEJO DE ESTADO.

La Responsabilidad Extracontractual del Estado por riesgo excepcional, que se vislumbró a través de los primeros fallos a partir de 1984 con fundamento en el derecho civil colombiano y el derecho francés, fue evolucionando con la expedición de la Constitución de 1991, que dio una nueva bitácora reguladora sobre unas bases filosóficas de principios, valores y dogmas, uno de ellos que es cardinal de principio a fin en el texto constitucional, sin lugar a dudas, lo constituye el referente a la dignidad de que da cuenta el artículo 1, como quiera

fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño".

101 Sobre ese aspecto puede verse MAZEAUD Y TUNC. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo II Volumen II, pág. 237.

102 Luis Josseland, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y cia, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

que la misma permite estructurar que en todo el ámbito del derecho el hombre es la figura central¹⁰³.

Es así, como a lo largo del desarrollo y evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la tarea general ha consistido en realizar replanteamientos sobre estructuras jurídicas en aras de determinar si se adecuan a las conductas y variaciones estructurales de la sociedad. Pues ocurrida la mutación en los estándares de vida social, el derecho como forma de realización de la justicia no puede ser indiferente a aquella dinámica.

La teoría objetiva del riesgo excepcional se impone en la jurisprudencia de la sección tercera de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, como un nuevo concepto del derecho, en el que la prioridad es la de comprender y reparar a la víctima que se le ha causado un daño injusto, (y no, la de determinar culpables) lo que se sustenta en la obligación del Estado de velar por la defensa de los bienes e intereses jurídicos de las personas, cuando éste le es imputable a aquél por el quebramiento del ius.

4.1. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR REDES DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

El dos (02) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), Exp. No. 2744, el Consejero Ponente Eduardo Suescun, empieza a referirse con gran acierto al título objetivo del riesgo de la siguiente manera:

“...Con base en las anteriores pruebas, hay que concluir como acertadamente lo hizo el Tribunal, en el sentido de que en este caso no hubo falla o falta en el servicio. En efecto, el daño se produjo sin que su ocurrencia se debiera a descuido o error de la Administración. El cable que produjo el accidente, cayó a tierra sin que mediara acción u omisión de nadie. El accidente ocurrió por un hecho de las cosas, sin que se conozca aún la causa exacta que lo produjo.

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, ésta debe responder: así lo indican el

¹⁰³ Enrique Gil Botero, Fundamentos Constitucionales De La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Tercera Edición. Librería Jurídica Comlibros. 2006 Pág. 31

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; y el artículo 30 de la Constitución, que estatuye a la propiedad como función social que implica obligaciones; obligaciones que incluyen no solo el deber de abstenerse de causar daño sino también el deber de repararlo, cuando éste llegue a producirse. Todo, sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa.

Por eso, para que los anteriores fundamentos tengan plena operancia en la época actual, caracterizada por los altos desarrollos de la tecnología, es preciso admitir que la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional, que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como "teoría subsidiaria de aplicación excepcional". (Rivero-Droit Administratif).

El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra 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. 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.

En el proceso está demostrado que el Municipio de Quimbaya tenía a su cargo el mantenimiento de las redes de conducción de energía eléctrica que pasan por la finca La Camelia. Uno de esos cables cayó al potrero y causó la muerte de seis semovientes y la inutilidad de otro. El riesgo especial que obviamente implica la conducción de energía, se produjo, con las consecuencias anotadas, sufridas por un tercero. Debe concluirse por consiguiente que se configuran aquí los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado, condicionada en este caso por el riesgo excepcional y que por lo tanto, el actor tiene derecho a indemnización..."

Luego en sentencia de ocho (08) de marzo (03) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), Exp.2846, vuelve a ocuparse el mismo consejero del tema, reiterando la postura adoptada:

"...es preciso estudiar el presente caso no en el campo de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta por riesgo excepcional, que la demanda plantea en la parte final de su fundamentación jurídica, (folios 7 y 7 v).

En efecto, el simple hecho de que haya "fallado" el cable no constituye falta del servicio. Ese hecho es de ocurrencia normal en el servicio eléctrico; las Empresas Públicas habían tomado todas las medidas aconsejables para impedir que tuviese consecuencias lamentables y es así como nunca había ocurrido accidente alguno por este mismo hecho. No puede decirse en consecuencia, que en este caso haya habido defecto en la gestión de la prestación del servicio, que es lo que constituye la falta del servicio. Ni error ni negligencia hay en el expediente que sean atribuibles a las Empresas demandadas.

Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas.

Sin embargo, el diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), Exp. 6175 el Consejero Ponente CARLOS BETANCUR JARAMILLO, erro al establecer la existencia de responsabilidad del Estado por configuración del régimen objetivo del riesgo, pues el análisis probatorio conduciría a pensar que lo configurado fue la falla del servicio, en tanto el mantenimiento de las redes es una obligación que incumplió la empresa que suministra energía. En su fallo, expreso:

"...De las anteriores piezas se observa que la objeción hecha al dictamen pericial inicial, no prospera, ya que como se ha analizado de manera pormenorizada existe la responsabilidad administrativa, pues el mantenimiento era deficiente e igualmente sus componente como la madera en las crucetas y la fatiga de las cuerdas por el uso.

A pesar de que en el caso que nos ocupa el presente caso no encaja dentro de los elementos denominados falla del servicio, ni como "onus probandi" a cargo del actor, ni como presunción de falla inversora de la carga de la prueba. Se trata de los regímenes que la generalidad de la doctrina denomina objetivos, que también reúnen como elementos constitutivos un hecho y un perjuicio causados por aquél. En los campos de la actividad administrativa a los cuales se aplican, la administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto con el caso fortuito.

Para el caso que nos interesa tenemos que no encaja la teoría del daño especial sino el de responsabilidad por el riesgo excepcional, como vamos a verlo a más espacio y más adelante.

Como se puede ver de todo lo analizado, a través de este proveído, tenemos que se produjo un daño consistente en el paso de unas redes eléctricas por predios de una persona, con lo cual se causó daño a pesar de que con ello se estaba prestando un servicio; lo cual conlleva inexorablemente a la indemnización de perjuicios ya que el administrado no solo no puede soportar las cargas que conlleva el riesgo excepcional."

En sentencia de doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), Exp. 6345, el Consejero Daniel Suarez Hernández, recuerda y reitera los pronunciamientos de la sección tercera en casos similares al de su conocimiento - aunque no idénticos-, en donde descarta la falla y condena bajo el título de riesgo excepcional, como fueron los del 20 de febrero de 1989, expediente 4655, actor Alfonso Sierra Velásquez con ponencia del Consejero Antonio José de Irisarri Restrepo; el del 2 de febrero de 1984, actor: Enrique Mejía, expediente No. 2744, con ponencia del Consejero Eduardo Suescún, quien también fue ponente de la decisión de 8 de marzo de 1984, actor Gilberto Díaz Vélez, expediente No. 2846, y despacho el asunto bajo su conocimiento así:

"Descartado probatoriamente el hecho del tercero en la ocurrencia del accidente, debe agregarse que, por otra parte, la verdadera causa del hecho perjudicial quedó desconocida dentro del proceso. Por esto último es preciso estudiar el presente caso no en el campo de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta por riesgo excepcional, que la demanda plantea en la parte final de su fundamentación jurídica.

"En efecto, el simple hecho de que haya "fallado" el cable no constituye falta del servicio. Ese hecho es de ocurrencia normal en el servicio eléctrico; las empresas públicas habían tomado todas las medidas aconsejables para impedir que tuviese consecuencia lamentable y es así como nunca había ocurrido accidente alguno por este mismo hecho. No puede decirse, en consecuencia, que en este caso haya habido defecto en la gestión de la prestación del servicio, que es lo que constituye la falta del servicio. Ni error ni negligencia hay en el expediente que sean atribuibles a la empresa demandada.

"Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía eléctrica en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas...".

Erra nuevamente el Consejo de Estado en sentencia de diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), Exp.7872, con ponencia del doctor Juan de Dios Montes Hernández, cuando, pese a tener como cierto para el caso examinado que la instalación eléctrica requería el máximo grado de seguridad por sus características -y que según su misma exposición de motivos ese protocolo no se había cumplido, lo que dio lugar a la ocurrencia del daño antijurídico ocasionado al menor, califico desacertadamente bajo el título de riesgo el caso, existiendo realmente una falla de servicio. Relaciona el fallo, lo siguiente:

"...Si bien, la entidad demandada alega que hubo culpa de la víctima o en su defecto concurrencia de culpas, por la falta de diligencia y cuidado que debieron observar los padres del menor, también es cierto, que ésta clase de instalaciones requiere el máximo de seguridad por el alto riesgo que representa la prestación de este servicio a la comunidad.

Así mismo, un niño de cuatro años de edad, no es susceptible de cometer culpas. Se deduce sin ninguna dificultad que la puerta de entrada se encontraba abierta, en lugar de estar debidamente cerrada, o en su defecto se encontraba en malas condiciones, presentando peligro para los transeúntes.

El Tribunal estimó que el régimen aplicable al caso *sub - examine* era el de riesgo excepcional, debido a que en condiciones de normalidad, la administración colocó a los administrados y sus bienes en situación de quedar expuestos a sufrir un daño por el riesgo que se corre ante este tipo de instalaciones de energía eléctrica, y que lo anterior excede la carga que debe soportar como contrapartida de la gracia que deriva de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

La Sala comparte el criterio del *a - quo*, al decidir el caso en estudio por el régimen de riesgo excepcional..."

Más adelante, en sentencia de quince (15) de marzo de 2001, Exp. 11162, el Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández, con acierto dijo:

"...En estos casos la actuación del Estado se encuentra enmarcada dentro de la legalidad y no existe reproche en su conducta administrativa; es decir, es una típica responsabilidad sin falta o responsabilidad objetiva frente a la cual la administración solamente puede exonerarse si demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor o culpa exclusiva y determinante de la víctima. En el caso *sub judice*, está demostrado que la entidad pública demandada es propietaria de una subestación de energía eléctrica, la cual se encuentra ubicada en el sector urbano de la población de Sevilla (Valle). La sola existencia de esta subestación de energía crea, por sí sola, un riesgo excepcional o un peligro eventual a los moradores del lugar. Tal como se determinó pericialmente, si bien la instalación y funcionamiento de la subestación cumplía con las normas técnicas de seguridad exigidas para equipos potencialmente peligrosos por el alto voltaje de la corriente eléctrica, no puede descartarse que en cualquier momento se produjera alguna situación que alterase las condiciones de seguridad para las personas y sus bienes. Es decir, que pese a la observancia estricta de las medidas de seguridad, en esta clase de equipos siempre existe la posibilidad que produzcan daños imputables a la estructura misma de la cosa o a su actividad o funcionamiento. Se trata entonces de un caso fortuito, que puede ser desconocido, pero si previsible e interno a la actividad, por lo cual no es causa exonerativa de responsabilidad.

... No altera el juicio de responsabilidad en contra de la entidad demandada, que un tercero hubiere colocado un cable asido a la malla de encerramiento de la subestación y dirigido a un costado de su vivienda, en orden a impedir el tránsito por la zona de colindancia con el fin de proteger sus bienes, y a través del cual los lesionados recibieron la descarga eléctrica, pues este hecho no era en ningún momento imprevisible ni irresistible para la administración, toda vez que desde la vía pública era perfectamente visible y detectable. Lo cierto es que los daños se produjeron no por la existencia misma de dicho cable, sino por la descarga eléctrica que provino de la subestación de energía, la cual por sí sola representaba un peligro eventual.

En consecuencia, los daños antijurídicos producidos son imputables a la entidad demandada, quien creó el estado de riesgo en ejercicio de sus funciones públicas y en beneficio de la comunidad, por lo cual está llamada a indemnizarlos..."

Posteriormente, en sentencia de nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005), Exp. 15260, La Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, convenientemente, declara la responsabilidad por la configuración del régimen de riesgo excepcional:

"...Está probado que el daño moral demostrado tiene su causa, eficiente y determinante, en el riesgo creado por la CHEC. Se evidencia que si bien la conducta de la Central Hidroeléctrica de Caldas está desprovista de falla, objetivamente sí le es imputable el hecho dañino, porque el riesgo creado con su actividad, de conducción de energía, que tiene contingencia al daño, fue causa jurídica en el apareamiento del mismo hecho; es claro que las redes de energía crean riesgo a terceros cuando invaden jurídicamente bienes y espacios públicos o privados, para poder prestar el servicio que no sólo favorece a la comunidad sino que genera un provecho económico para la entidad prestadora del servicio, derivado del principio donde está la utilidad está la carga y por ende la responsabilidad por los daños causados por esta actividad recae sobre el creador de la situación de peligro. En el título jurídico de riesgo quien lo crea, sólo se exonera ante la demostración de causa extraña (fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o del tercero). Y en el caso, el A Quo consideró que se dio la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que observó en fotografía, trasladada del proceso penal, que el occiso tomó y sostuvo con cada una de sus manos la cuerda eléctrica que le ocasionó la muerte; apoyó esa consideración en la decisión de la Fiscalía de 11 de marzo de 1996, mediante la cual se abstuvo de proferir resolución de apertura de instrucción; dijo: "el hoy occiso, no tuvo la precaución no se percató que había una sobrecarga en dichas cuerdas y al parecer al cogerlas recibió toda la carga eléctrica produciéndole quemaduras y por último su muerte). Para la Sala la conclusión del Tribunal no resulta acertada, pues la culpa de la víctima como exonerante de responsabilidad presupone su comportamiento como

exclusivo, es decir como autor único de su propio daño, sin importar si responde: a voluntad, a dolo o accidentalidad; a diferencia de otros Derechos, que se sustentan en el aspecto intencional un parámetro distintivo entre el hecho (sin voluntad) y la culpa (intención o dolo) exclusivos de la víctima, en el Derecho Colombiano se evalúa si en el resultado la víctima fue la única causa en la producción de su propio daño, evento en el cual no hay responsabilidad; pero si la víctima sólo coparticipó en la producción de su propio daño, hay lugar a que en la apreciación del daño se reduzca el monto indemnizatorio en la parte en que le es imputable (art. 2.357 C. C.).

Siguiendo el desarrollo de la jurisprudencia, se encuentra desatinado el pronunciamiento mixto que hace el Consejo de Estado en sentencia de treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007), exp.15635, con ponencia del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra, y se encuentra así, pues sustenta por un lado como probada la configuración de la teoría del riesgo por el hecho simple de la actividad peligrosa en sí misma realizada— que enmarca la conducción de energía, y por otro lado también afirma que existe responsabilidad sustentada en la falla pues en efecto se encuentra probada la desatención del deber de distancia reglamentaria entra la línea de conducción y la superficie; de lo que se obtiene una aplicación desacertada de la configuración de riesgo, que a criterio de esta investigadora no ha debido estudiarse y menos afirmarse su configuración, cuando lo cierto es que se configuraban los presupuestos subjetivos de responsabilidad. La providencia es decantada en los siguientes términos:

"...Con fundamento en lo anteriormente expuesto y la Sala considera probada la imputación del daño señalado a ENELAR, como sujeto que realizó la actividad peligrosa, determinante del riesgo que se concretó en la electrocución en la que perdió la vida el señor Carlos Humberto Serrano Navas. Encuentra además, que no sólo se demostró que dicha entidad fue la ejecutora de la actividad riesgosa sino también que incurrió en falla del servicio, al desatender las normas que rigen el ejercicio de la misma y que le imponían el deber de mantener una distancia mínima reglamentaria entre las líneas conducción de energía eléctrica y la superficie.

En efecto, mediante el análisis de lo probado, al igual que lo consideró el Ministerio Público y el magistrado que se apartó de la providencia de primera instancia, la Sala encuentra como causa del daño, la existencia de una red eléctrica de alto voltaje en el lugar donde el señor Carlos Humberto Serrano adelantaba actividades que estaba ubicada por fuera de la distancia técnica exigida..."

Para último, pasaremos al examen de la sentencia fechada 19 de agosto de 2009, Exp. 17957, con ponencia de la magistrada Ruth Estela Correa Palacio, en la que se hace se concreta que ese tipo de actividades peligrosas se estudian bajo el riesgo, sin embargo, luego de un extenso análisis probatorio llega a la conclusión de que se omitieron deberes por parte de la demandada, lo que inequívocamente configura falla del servicio, -por lo que se deduce que hasta la fecha para aplicar determinado régimen de responsabilidad, existía un cierto privilegio en principio de acuerdo a la actividad que se tratara -

"...Como en la causación del daño intervino la conducción de energía eléctrica, mediante cables de alta tensión, la cual ha sido considerada como una actividad peligrosa, la responsabilidad de la entidad estatal dueña de las redes y prestadora del servicio de energía queda, en principio, establecida con fundamento en el régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional¹⁰⁴, a menos que se acredite una causal exonerativa de responsabilidad.

...En este sentido, vale destacar que las empresas prestadoras del servicio de energía tienen la obligación de realizar una permanente vigilancia de las redes eléctricas que se han instalado, como quiera que se trata de una actividad considerada como peligrosa en cuanto interviene la conducción de energía eléctrica mediante cables de alta tensión, de manera que la entidad estatal dueña de las redes y prestadora del servicio de energía queda con la obligación de velar por el adecuado funcionamiento de este servicio.

¹⁰⁴ Sobre este tema, dijo la Sala en sentencia de 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222): "...en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política...En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero". Criterio que en decisiones posteriores ha reiterado la Sala. Así, en sentencia de 25 de julio de 2002, exp: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180), dijo: "En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquélla. A la víctima le basta acreditar que dicha actividad intervino en la causación de éste".

En el *sub lite*, resulta evidente que la empresa demanda no cumplió con la obligación que le correspondía del mantenimiento periódico de las redes de energía eléctrica, dado que de haberse percatado con antelación de la cercanía en la que se encontraba el cable de alta tensión a la vivienda en la que ocurrió el hecho, seguramente se hubiera dado cuenta del peligro que representaba y por tanto hubiere hecho uso de los correctivos necesarios para disminuir el riesgo, ya fuere reubicando las redes eléctricas u ordenando a los propietarios de la vivienda, directamente o a través de la ayuda de las autoridades competentes, que adecuaran la construcción para que no quedara cerca a los cables.

En el *sub lite*, la Empresa de Energía de Bogotá faltó al deber de mantenimiento periódico en cuanto no adoptó ningún correctivo para reubicar o adecuar los cables de alta tensión que causaron el accidente en el que fallecieron los jóvenes..."

4.2. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VEHICULOS TERRESTRES.

La Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, en sentencia de diez (10) de julio de dos mil tres (2003), exp.: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), reitera lo expresado por la sección tercera del Consejo de Estado desde 1997 que consiste en que, tratándose de colisión de vehículos –como actividad peligrosa de conducción de éstos- lo determinante para establecer la responsabilidad o no del estado, era la mayor peligrosidad y potencialidad de causar daño que se pudiese probar de la estructura y poder de éstos; con lo que se puede observar que se venía aplicándose de manera tipológica el riesgo excepcional, -lo que no a criterio de esta investigadora, no garantizaba la labor de justicia con miras al desarrollo del artículo 90 de la Constitucional-. En la referida providencia se indica:

"...En juicios como el que se estudia, esta Sección del Consejo de Estado atendiendo la contingencia al daño que ofrecen, entre otros, los instrumentos destinados a actividades peligrosas, apreciando la realidad física de éstos en cuanto a su poder para causar daño, ha dicho que cuando dos actividades peligrosas (conducción de vehículos) se enfrentan y además cuando una actividad es menor que la otra, habrá de entenderse que la mayor peligrosidad al riesgo, por su estructura y actividad, se predica del que posee la mayor potencialidad para causar el daño. Así se ha explicado en anteriores

oportunidades desde la sentencia proferida el día 10 de marzo de 1997¹⁰⁵ y en otras más recientes la proferida el día 9 de agosto de 2001¹⁰⁶.

Por consiguiente en tal régimen de responsabilidad es necesario demostrar:

- el riesgo creado por el Estado en la producción del accidente con su participación en la utilización de un instrumento que por su naturaleza tiene mayor peligrosidad y por lo tanto mayor potencialidad de riesgo a causar daño;
- el daño antijurídico y
- la relación causal.

El régimen objetivo de responsabilidad "por riesgo" (sin irregularidad de conducta) se deriva entre otros del ejercicio de actividades con instrumentos peligrosos, como vehículos; el factor de imputación es el riesgo que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados. Es por tanto que cuando se prueba que el Estado causó daños con el ejercicio de esas actividades tiene que soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo siempre y cuando se demuestren además, de ese ejercicio de actividad peligrosa (hecho dañoso) los elementos de daño y relación causal. No será responsable cuando a pesar de la comprobación de los anteriores elementos se demuestre causa extraña (hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o fuerza mayor) eficiente y determinante. Respecto a cada uno de estos elementos es importante precisar lo siguiente:

... Ahora y descendiendo al caso concreto el acervo probatorio es conclusivo sobre la comprobación de existencia del primer elemento de responsabilidad objetiva por riesgo ésta probado, por cuanto se demostró que la muerte de Jorge Enrique Rengifo Manzano se causó en la colisión de dos vehículos - volqueta y moto - , de los cuales el del Estado era el de mayor potencialidad para causar daño (volqueta), el cual que estaba destinado al servicio de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Valle del Cauca.

Partiendo de la naturaleza física de esos vehículos, es claro que el de mayor peligrosidad, era el vehículo oficial, el cual generaba de una parte mayor potencialidad de riesgo respecto de la moto que conducía el particular y, de otra, para su conductor mejor posibilidad de protección y de reacción ante la presencia de un enfrentamiento de fuerzas.

Luego, en sentencia de noviembre diez (10) de dos mil cinco (2005), Exp.:54001-23-31-000-1995-09243-01(19968), el Consejero Ponente Alier Eduardo Hernandez

¹⁰⁵ Expediente 8.269, actor Fernando M. Anaya Vélez. Se reitera lo afirmado por la Sala en sentencias proferidas los días 7 de julio de 1993, Expediente 7.730, actora: Inmaculada Concepción Flórez Durán; de 27 de enero de 2000, Expediente 12.420, actor: María Cecilia Capote

¹⁰⁶ Expediente 12.998. Actor: Marco Arturo Amador Ávila y otro.

Enriquez; realiza como primera medida un estudio con miras a determinar si el caso en análisis cumplía los presupuestos bajo la teoría del riesgo excepcional por actividades peligrosas, asentándose que lo acreditado era suficiente para declarar la responsabilidad, no obstante, también se realiza el examen a lugar frente a la teoría subjetiva de falla del servicio la cual le resulta probada, para así terminar declarando la responsabilidad estatal. Lo anterior deja ver la confusión de aplicación de regímenes o títulos de responsabilidad, quizá por el asomado privilegio latente del régimen de riesgo que traía la jurisprudencia de la misma Corporación a efectos de decidir, este tipo de casos. Así se expresaron en aquel momento las consideraciones del fallo:

"A partir de la expedición de la nueva Constitución Política, todo debate sobre la responsabilidad del Estado debe resolverse con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la misma, según el cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, que les sean imputables. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad.

"Sin embargo, reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política.¹⁰⁷ La actividad generadora del daño causado, en el caso que ocupa a la Sala, es una de aquellas actividades.

..."No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima"¹⁰⁸.

... De lo anterior, se deduce que el 30 de octubre de 1993, en el sitio conocido como "La Pampa", kilómetro 4, el vehículo de placas SBO 315, conducido por Héctor José Bautista Fortuna, el cual transitaba por la vía que de San Antonio conduce a Cúcuta fue colisionado por el vehículo de placas CUV-409, perteneciente al grupo Unase de la Policía Nacional, conducido por Alirio

¹⁰⁷ Ver, entre otras, sentencia de la Sección III, del 16 de junio de 1997. Expediente 10024.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de junio de 2001, expediente: 12.696, actores: José Tulio Timaná y otros.

Caicedo Martínez, miembro activo de dicha institución, quien se desplazaba en sentido contrario; el choque se produjo cuando el mencionado vehículo oficial pretendía adelantar al automotor de placas SBH 962, conducido por David Alonso Parada, momento en que perdió el control, dio varias vueltas y fue a parar contra el vehículo conducido por el señor Bautista, quien falleció posteriormente en el Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, como consecuencia de las lesiones recibidas.

Se encuentra, entonces, acreditado el daño sufrido por los demandantes y el hecho generador de ese daño.

Lo anterior es suficiente para declarar la responsabilidad del Estado en los hechos que se le imputan, con fundamento en un régimen de riesgo excepcional, teniendo en cuenta que no existe prueba alguna de causal que lo exonere de responsabilidad. No obstante lo anterior, en el presente caso, es claro que, además, se presentó una falla de la Administración en la prestación del servicio, como pasará a demostrarse.

... Así las cosas, no hay duda que la conducta irregular del agente del Estado fue la causante del accidente en el que perdió la vida el señor Bautista, pues conducía el vehículo oficial a él asignado, con exceso de velocidad, superior a los límites permitidos por la ley, y efectuó una maniobra de adelantamiento sin calcular la distancia suficiente de acuerdo con la velocidad que llevaba, ocasionando el grave accidente.

...De estas infracciones, por lo demás, resultaba claramente esperable, conforme a las reglas de la experiencia, el accidente ocurrido, lo que permite considerar en el caso concreto, que constituyen la causa eficiente que produjo el resultado. "

En providencia de treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006), Exp.: 41001-23-31-000-1993-07279-01(19432), la Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, igualmente realiza el estudio de los supuestos facticos bajo el régimen de actividades de riesgo o peligro -por tratarse de conducción de vehículo-, bajo el cual condena al Estado, se observa además que en medio de su análisis habiendo abordado la teoría mencionada, descarta la existencia de la falla en el servicio. El fallo se motivó de la siguiente manera:

"El último criterio jurisprudencial relacionado con el régimen bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva

de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor¹⁰⁹, esto, siempre que el título de imputación señalado en la demanda no sea la falla del servicio, porque en tal caso, se deberá declarar la responsabilidad con fundamento en dicho régimen, porque de esa manera, la jurisdicción ejerce su función de control del ejercicio de la administración pública.

En este orden de ideas, sólo se tiene certeza de que el vehículo de placas TQ-2548 fue colisionado por el vehículo oficial de placas OP-4204, cuando el último invadió el carril sobre el que se desplazaba aquel, sin que hubiera quedado acreditado en el proceso las razones por las cuales se produjo dicha invasión, es decir, que no está demostrado que el hecho fuera constitutivo de una falla del servicio y, en ese orden de ideas, la responsabilidad del Estado no puede ser definida con fundamento en dicho régimen sino en el de riesgo excepcional, en relación con el cual la demostración de la fuerza mayor puede exonerarlo de responsabilidad, que no la existencia de caso fortuito¹¹⁰. La fuerza mayor no quedó acreditada con las pocas pruebas que obran en el expediente.

¹⁰⁹ Sobre este tema, dijo la Sala en sentencia de 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222): "...en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política...En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero". Criterio que en decisiones posteriores ha reiterado la Sala. Así, en sentencia de 25 de julio de 2002, exp: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180), dijo: "En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosa, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquélla. A la víctima le basta acreditar que dicha actividad intervino en la causación de éste".

¹¹⁰ Sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, ver, por ejemplo, sentencias de 16 de marzo e 2000, exp. 11.670 y de 2 de mayo de 2002, exp: 13.477, en las cuales se afirma: "Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser

Ahora bien, aunque en el proceso no existan pruebas diferentes que permitan afirmar que el conductor del vehículo oficial obró de manera imprudente, no hay lugar a exonerar a la Administración con fundamento en la decisión adoptada por la Fiscalía, con respecto a la causal de exoneración que allí se consideró acreditada, esto es, el "caso fortuito o fuerza mayor.

Como ya se señaló, en la responsabilidad del Estado por el ejercicio de actividades peligrosas el caso fortuito no exonera de responsabilidad y en la providencia no quedó establecido si la causal de inculpabilidad que se encontró acreditada fue el caso fortuito o la fuerza mayor, ni es posible inferir esa conclusión de su texto."

Más adelante el Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, en proveído de mayo dos (02) de dos mil siete (2007), Exp.: 20001-23-31-000-1999-00091-01 (20585), con observancia de que se trataba de una actividad de peligro, subsumió el caso en estudio a lo reiterado por el Consejo de Estado acerca del riesgo excepcional declarando la absolución del Estado por la no haberse siquiera probado el daño, podríamos decir que no probado el daño las pretensiones no hubieren podido prosperar bajo ningún título de responsabilidad, sin embargo lo que hay para resaltar es que el análisis bajo el riesgo se determinó automáticamente debido a que el asunto versaba sobre actividad peligrosa. Se dijo en el fallo lo siguiente:

"...Manifestaron que de los hechos se deriva una responsabilidad del Departamento del Cesar por ejercer imprudentemente una actividad peligrosa como lo es la conducción de vehículos (Fls. 1-16 c. 1).

...Sin embargo, reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política.¹¹¹ La actividad generadora del daño causado, en el caso que ocupa a la Sala, es una de aquéllas. En efecto, la

desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño" .

¹¹¹ Ver, entre otras, sentencia de la Sección III, del 16 de junio de 1997. Expediente 10024. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

conducción de vehículos automotores ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa.¹¹²

No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima"¹¹³.

La Sala ha señalado que en los casos de responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, al actor le corresponde probar los supuestos de hecho que permiten la operancia de la aplicación del riesgo. Así, le incumbe a la parte actora probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial que debe aparecer como riesgosa, es decir, el daño y la relación de causalidad, quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo del tercero.

Se trata de un daño respecto del cual no se tiene certeza sobre el hecho que lo originó, salvo la genérica circunstancia de que se trató de un accidente de tránsito sin que se tenga claridad o precisión respecto del vehículo o de la persona que lo causó, distinto a aquellos enunciados en la demanda y sobre los cuales no se allegó prueba alguna."

Reitera y resalta la Sala, que si bien se aportó copia de la tarjeta de propiedad y de la póliza de seguro del vehículo DWR-501, así como constancia de que el mismo tenía algunos daños en la parte delantera, no se pudo determinar que éste hubiera causado el accidente, ni que el mismo hubiese sido causado con un vehículo oficial o que estuviese al servicio de la entidad demandada, ni menos aún que el conductor que causó el accidente y que conducía a alta velocidad, según narran los demandantes, fuese un servidor público. Además, no hay en el expediente declaración alguna de quien pudieren considerarse como testigos presenciales de los hechos.

Así las cosas, las afirmaciones contenidas en la demanda no tienen respaldo probatorio suficiente para vincular a la entidad demandada con los hechos que se estudian. El material probatorio allegado al proceso no le permite al juez tener certeza de los mismos, los cuales tampoco pudieron construirse mediante prueba indiciaria."

¹¹² Ver, en el mismo sentido, sentencia del 16 de marzo de 2.000. Expediente 11.670. Actor Martiniano Rojas y otros.

¹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 11.688, actores: Hernando Miranda González y otros.

La Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, tres (3) de octubre de dos mil siete (2007), Exp.: 27001-23-31-000-1996-02299-01(22655), expresa que el régimen por el cual se deben decidir las cuestiones relacionadas con actividades peligrosas conforme a la jurisprudencia es el régimen objetivo de riesgo excepcional; sin embargo, estudia el asunto bajo el régimen de falla del servicio, aduciendo, que fue el señalado en la demanda y que la Sala no considera que deba pasar por alto el análisis de la falla en el servicio aducida en la demanda, y que con fundamento en el principio de *iura novit curia*, de no prosperar pasara analizar el caso bajo la teoría del riesgo excepcional; lo que fuerza concluir que se privilegia el estudio de un régimen por ser aducido por la parte actora, y que agotado el análisis sin su prosperidad, se estudiaría por último el de riesgo igualmente. En tal fallo se señaló lo siguiente:

"Dado que el fallecimiento de la señora Myriam Noelia Hinestroza Gómez se produjo en un accidente de tránsito, debe tenerse en cuenta que el criterio jurisprudencial vigente en punto del régimen bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional. Conviene reiterar que la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que en relación con los daños causados con armas de fuego, redes de energía eléctrica o la conducción de vehículos automotores, hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, con fundamento en el riesgo que crea quien explota la actividad, que sólo se exonera si acredita la existencia de una causa extraña.

...Repárese de lo transcrito que en los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración realizado en desarrollo de la actividad riesgosa, y la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero.

No obstante, el caso concreto se estudiará bajo el régimen de imputación de falla del servicio, en atención, de un lado a que fue el señalado en la demanda y de otro, a que no considera la Sala que por encontrarse frente a un régimen de responsabilidad objetiva como aquel que se presenta cuando el daño tiene como causa el ejercicio de una actividad peligrosa, deba soslayar el estudio de la falla en el servicio señalado en la demanda como título de imputación, dado que entiende que al analizar la falla invocada cumple con una función que es consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa, y que se traduce en identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración en aras de que esta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esas decisiones sirvan para trazar políticas públicas en materia de administración.

Es por ello que la Sala, en primer lugar, se dedicará a estudiar si el acervo probatorio recaudado efectivamente demuestra la existencia de la alegada falla del servicio y solo de no haberse acreditado la misma, y en aplicación del principio *iura novit curia*, analizará los hechos probados bajo el título de riesgo excepcional. Y es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión."

Luego, en fallo de (26) de marzo de dos mil ocho (2008), la Magistrada Ponente Ruth Stella Correa Palacio, reitera los argumentos expuesto en el proveído referido anteriormente de fecha tres (3) de octubre de dos mil siete (2007), imponiendo la revisión bajo el título argüido por el actor, y en segundo plano la del riesgo excepcional, en el caso de no prosperar baja aquél. Así se dijo:

"Sobre este aspecto, la doctrina distingue entre la peligrosidad de la estructura y la peligrosidad en el comportamiento de las cosas inanimadas, para considerar que hay peligrosidad en la estructura cuando *"la cosa tiene un dinamismo propio o, a pesar de no tenerlo, conserva la posibilidad de dañar dada su ubicación, construcción o materiales utilizados"* y existe peligrosidad en el comportamiento cuando *"una cosa o actividad que pueden tener o no dinamismo propio son utilizadas en tal forma que de ese uso surge la peligrosidad"*¹¹⁴. En este orden de ideas, un vehículo en movimiento representa un peligro por su comportamiento, pero un vehículo estacionado no representa ningún peligro desde el punto de vista de su comportamiento y sólo será un peligro en su estructura por la posibilidad de su explosión, por ejemplo. Los daños que se generen como consecuencia de la materialización de esos peligros podrán ser resueltos, como ya se señaló con fundamento en el criterio de imputación de riesgo excepcional.

Un vehículo estacionado podrá generar un riesgo cuando no se cumpla con las normas reglamentarias de tránsito, de tal manera que no sea visible para los demás conductores o peatones, a una distancia suficiente para evitar una colisión. En tales eventos no es el comportamiento ni la estructura del bien los que generan el peligro sino el incumplimiento de las normas de seguridad, lo cual generaría para la entidad responsable del hecho una responsabilidad a título de falla del servicio.

¹¹⁴ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá, Ed. Legis, 2º. ed., 2007, pág. 941.

Ahora bien, cualquiera sea el criterio de imputación que se señale como aplicable a los casos concretos, la Sala considera que siempre que se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, deberá entrarse a estudiar, en primer término, la responsabilidad de la Administración bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración.

Agotado el análisis de la responsabilidad del Estado por falla del servicio, en los eventos de daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, el análisis deberá proseguir para determinar si el daño es imputable a la Administración a título de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, aunque no se hubiera invocado en la demanda dicho régimen, en aplicación del principio *iura novit curia*¹¹⁵.

¹¹⁵ En sentencia S-123 de 14 de febrero de 1995, la Sala Plena de la Corporación consideró: "la Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit curia*, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante. En las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado, materia en la cual, si bien existen algunas normas generales consagradas en la legislación positiva, aplicables que pueden ser invocadas en la demanda, tales como el artículo 90 de la Constitución Nacional, que de manera abstracta sirve de fundamento jurídico a la responsabilidad del Estado, lo cierto es que no existe un régimen legal positivo que regule de una manera precisa y detallada dicho tema, lo que hace que el juez pueda encontrar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda, pero sin que pueda modificar la causa petendi de la misma, que como ya se precisó la constituyen los hechos mismos en que se fundamenta. De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio *iura novit curia*, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son los precisados por el actor, y no otros. Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les pueda dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto con nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar "los hechos en que se funda la controversia".

En otros términos, en el caso concreto fue la falla en el servicio y no la actuación de la víctima la causa eficiente del daño. Por lo tanto, aunque el conductor de la motocicleta se encontrara en estado de embriaguez, el daño causado a los demandantes con las lesiones sufridas por el señor Luís Alberto García, al colisionar con el vehículo oficial que se encontraba parqueado en la vía, le es imputable a la Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali - EMSIRVA -, porque ésta violó las normas de tránsito al estar estacionado en curva, en sitio no señalado reglamentariamente para cargar material, de mala iluminación y con la tapa del "volco" abierta."

Posteriormente, el Consejero ponente: Enrique Gil Botero, en veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009), Exp.: 88001-23-31-000-1994-00010-01(18005), realiza un estudio objetivo bajo el título de riesgo excepcional –basado en la actividad peligrosa de conducción-, al no poder avizorar o cuestionar las situaciones fácticas y derecho en que se da el suceso –es decir, al no observar falla en el servicio-, no perdiendo así el horizonte constitucional de la responsabilidad frente a un daño antijurídico que en efecto le es imputable Estado por corresponderle a este la guarda de la cosa cuya actividad se realizaba por el agente público. En el fallo señala:

"...la Sala concluye que el 28 de febrero de 1994, en las instalaciones de la antigua Secretaría de Tránsito de Envigado, Abelardo de Jesús Escobar fue atropellado por un vehículo de propiedad del municipio de Envigado, conducido por Stanley Mesa Cadavid, quién desempeñaba el cargo de conductor de ese ente territorial.

Para la Sala no son claras las circunstancias determinantes del hecho, puesto que la prueba testimonial señala y predica que el actor fue atropellado por imprudencia del conductor y por el contrario, las investigaciones penales y disciplinarias indican que el accidente fue culpa de la víctima; lo único que se encuentra acreditado como verdad inconcusa es que se causaron unas lesiones en ejercicio de una actividad peligrosa con un vehículo cuya guarda estaba a cargo del municipio demandado.

Con el fin de demostrar la existencia de responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la parte demandante debía acreditar el daño alegado, así como las circunstancias en las cuales éste se verificó. Ahora bien, se estima que en aquellos casos en los que se debate la obligación de indemnizar el perjuicio generado en desarrollo o ejercicio de actividades peligrosas, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa, cuya

guarda se encontraba a cargo del Estado, a menos que se demuestre una ausencia de imputación.

Por ello se ha dicho con excelente *sindéresis* por la doctrina:

“Cosas Riesgosas 13. - Quien pone en movimiento un automotor, aunque carezca de vicios de construcción y sus partes vitales funcionen correctamente, está proyectando al circular, un riesgo potencial respecto de terceros, del que puede resultar indiferentes su dueño y su guardián. Se responde no por que - en principio - haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del cual, como condición *sine qua non* provino del daño. [Cám. Apel. Civ. Y Com. Morón, Sala II, 16/2/88, causa 20.453, RS, 8]

Cosas Peligrosas - La extrema peligrosidad del automóvil justifica la aplicación del riesgo creado, como culpa objetiva. [CNCiv., Sala L, 30/12/31, “Testa, Juan C. c. Tab Torres S.A. y otros”, JA, 1993-I-669].

12 - Resulta aplicable la responsabilidad objetiva declarada por el artículo 1113, 2º párr., 2º supuesto, Cód. Civil, pues el automotor en movimiento es considerado pacíficamente como una de las cosas peligrosas reconocibles en la civilización actual, hasta el punto de que los accidentes en que intervienen constituyen una de las causas principales de mortalidad en el mundo moderno. [Cám. 1º Civ. Y Com. Córdoba, 5/6/90, “Cittadini, Roberto R. y otros c. Martínez, Omar J. y otros”, LLC, 1991 - 611]

Riesgo por su circulación 14. - El automotor en movimiento es una cosa riesgosa. Dicho riesgo no se encuentra determinado solamente por una conducción indebida impropia, sino por el solo hecho de la circulación. Hay riesgo, también en la conducción normal, por la entidad y las posibilidades del vehículo. Fundamentalmente el riesgo, tiene su base en la diferencia existente entre un automotor, igual en el caso un camión con acoplado, y por ejemplo una persona, o ésta n un vehículo pequeño, como una bicicleta.” [CNEsp. Civ y Com., Sala I, 20/3/88, “Bravo, Juan A c.c Alonso, Raúl O.” JÁ, 1989 - II- síntesis”¹¹⁶.”

Por último, reitera el Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, en sentencia de nueve (9) de junio de dos mil diez (2010), exp.: 52001-23-31-000-1998-00267-01(18719), lo dicho en el proveído anterior con Ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, frente al que plantea que el obligado a responder por el daño antijurídico es quien le corresponde la guarda de la actividad peligrosa desplegada al conducir, siendo lícito el actuar de la administración con fundamento en la teoría del riesgo excepcional, pues ello no se pudo esclarecer y el sufrimiento causado a la víctima no puede quedar protegido.

¹¹⁶ Conde, Hector Normando - Suares, Roberto Cesar. Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito. Pág. 206 - 207

“Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue –por parte de la entidad pública o de sus agentes– de actividades peligrosas, lo cual ocurre cuando se conducen vehículos automotores, es aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de la actividad el que quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado¹¹⁷; asimismo, en cuanto al reparto de la carga de la prueba que tiene lugar en litigios en los cuales el aludido sea el asunto objeto de controversia, se ha advertido, en forma reiterada, que

*“[A]l actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”.*¹¹⁸

Dado que en el presente caso el Estado tenía a su cargo la actividad riesgosa que produjo el daño, la Sala encuentra que la responsabilidad predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional.

El acervo probatorio relacionado anteriormente da cuenta de que en la tarde del 2 de junio de 1997, en el municipio de San Juan de Pasto, la señora Gloria Isabel Zambrano y su hija Ana Carolina Ramírez Zambrano se encontraban en la calle 16 con carrera 32 esperando transporte público, cuando fueron arrolladas por un vehículo automotor tipo panel, de propiedad de la Policía Nacional; los testimonios son claros y coherentes en afirmar que dicho vehículo, mientras transportaba un herido a un centro médico en el momento en el cual el semáforo se puso en rojo, el conductor encendió la alarma y continuó su camino, lo cual llevó a que el vehículo policial colisionara con un vehículo Renault 4; como consecuencia del impacto, la panel giró hacia la esquina en que se encontraban situadas la señora Zambrano y su hija, resultando estas gravemente heridas por el impacto producido por el vehículo que conducía el agente de Policía, Wencislao Benavides.

Ahora bien, sostiene la parte demandada que el vehículo tipo panel de la Policía llevaba encendidas las sirenas y luces hawaianas mientras transportaba a un herido al centro médico y, por tal razón, los conductores y peatones alrededor estaban alertados del paso del vehículo.

No obstante, advierte la Sala que dicha afirmación no presenta soporte probatorio alguno, puesto que el informe de 2 de junio de 1997, suscrito por el

¹¹⁷ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, expediente 15473; sentencia del 4 de diciembre de 2.007, exp. 16.827.

¹¹⁸ Sentencia de 14 de junio de 2001, exp. 12.696; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; sentencia de abril 27 de 2006, exp. 27.520; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

Subteniente Luis Pérez Rodríguez, es el único material probatorio en el cual se señaló que el conductor del vehículo oficial se trasladaba con la sirena encendida, incluso se nombraron varias personas que pudieran constatar dicha versión, pero no se encuentra declaración alguna de los mencionados al interior del proceso que den fe de dicha aseveración, así como tampoco elemento de convicción alguno que la soporte; por el contrario, las declaraciones rendidas por la señora Rosa Aura Lucero de Burbano y el señor Álvaro Ordóñez, quienes presenciaron lo sucedido, son claras y coinciden en señalar que el conductor de la panel de la Policía conducía a alta velocidad sin encender las sirenas y que en el momento en que el semáforo de la calle 16 se puso en rojo el señor Wencislao Benavides accionó la alarma. ”

Ahora bien, en aras de discusión, de llegar a aceptarse que la panel hubiere llevado la sirena encendida, la conclusión respecto de la responsabilidad del ente demandado sería la misma, esto es que ese hecho no fue la causa determinante del daño, sino la concreción de un riesgo, esto es la conducción de vehículos automotores, razón por la cual, para la Sala es claro que la responsabilidad que le asiste al ente demandado por las lesiones de la señora Zambrano y su hija no lo es a título de falla en el servicio, sino a título de riesgo excepcional; así pues, el hecho de no haber sido accionada la alarma de la panel por el agente de la policía no fue la causa determinante del accidente, dado que, incluso, éste hubiere podido suceder si la panel hubiere llevado las alarmas encendidas.

4.3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL USO DE ARMAS DE FUEGO.

En sentencia de diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004), Exp.: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791), El Consejero Ponente, Ramiro Saavedra Becerra, anota que en la parte motiva del proveído en primer lugar, que la regla general en materia de este tipo de actividad peligrosa es el estudio bajo la teoría del riesgo excepcional; sin embargo, elude el estudio de dicha teoría pues encuentra como palmaria la configuración de la falla en el servicio; con esto se pone de presente la existencia del privilegio del régimen de riesgo excepcional en asuntos donde se contemplaren actividades tenidas como peligrosas. En la sentencia se

fundamento en el régimen del riesgo excepcional, en el cual basta con acreditar la existencia del daño y su nexo de causalidad con el servicio sin necesidad de entrar a determinar o calificar la conducta de quien produjo el daño, como culposa o no; sin embargo, en el presente asunto resulta evidente la existencia de una falla del servicio, constituida por las lesiones causadas a uno de los demandantes, miembro de la Policía Nacional, con arma de dotación oficial accionada por otro miembro de esta entidad, que estando también en servicio, obró imprudentemente.

En efecto, tal y como ya se vio, de acuerdo con los hechos narrados por un testigo y plasmados por las autoridades militares en los respectivos informes, las circunstancias en las cuales resultó herido el soldado JAIME ARTURO PEÑA MUÑOZ no se presentaron como consecuencia de un enfrentamiento con individuos al margen de la ley ni en medio de un operativo organizado como parte de las funciones a cargo de los uniformados, sino que se trató de un error cometido por un compañero de armas, quien de manera irreflexiva y precipitada, ante un ruido que no logró identificar, accionó su fusil sin cumplir con el deber de solicitar el santo y seña e hirió gravemente a la víctima, que se encontraba en cumplimiento de su deber, es decir que el daño se produjo como consecuencia de una actuación irregular del agente estatal en ejercicio pleno de sus funciones; en tales condiciones, se puede afirmar que se presentó una falla del servicio, por cuanto el mismo funcionó mal y no como debía ser, y este defecto de funcionamiento fue el que produjo el daño antijurídico.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si bien los miembros de la Fuerza Pública -Fuerzas Militares y Policía Nacional- tienen la carga de soportar los riesgos propios de la actividad a la cual se dedican, por ejemplo el de ser heridos en combates con grupos armados al margen de la ley y en enfrentamientos con la delincuencia común, dentro de esos riesgos, que por su propia naturaleza se caracterizan como normales, no se puede admitir el de sufrir lesiones por un actuar negligente y falta de pericia por parte de un compañero de la misma institución, cuando se asume que estos servidores tienen la formación que los prepara para afrontar cualquier situación que se les presente; por ello, no se puede exigir que quienes entran a formar parte de la fuerza pública, además de los riesgos propios de tal actividad de defensa de las instituciones y la ciudadanía, deban soportar las consecuencias del errático obrar de sus compañeros.

Al respecto, se observa que en relación con los daños padecidos por los miembros de la Fuerza Pública como consecuencia de las lesiones que sufren en cumplimiento de sus funciones, está preestablecida en la ley -es lo que se ha denominado en derecho francés la indemnización a *forfait*-, que contempla una serie de indemnizaciones y reconocimientos patrimoniales y prestacionales especiales para aquellos casos en los que los miembros de tales entidades estatales -Ejército Nacional, Policía Nacional, etc- sufren lesiones o mueren en cumplimiento de su deber o con ocasión del servicio.

Por lo tanto, en cuanto al uso de armas de fuego se refiere, elementos de alta peligrosidad diseñados justamente para herir y matar, existe para los efectivos de la Fuerza Pública la obligación de actuar con suma cautela, mesura y prudencia, debiéndose acatar estrictamente las órdenes de sus superiores y las reglas establecidas con total apego a las mismas, puesto que en un momento dado, de dichas obediencia y acato dependerán su vida y la de sus compañeros.

En el proceso está demostrado que las lesiones causadas al soldado JAIME ARTURO PEÑA MUÑOZ fueron el resultado de una conducta irregular, ligera e irreflexiva asumida por el también soldado FREDDY ORTIZ VERA, quien con su actuar transgredió los reglamentos propios de la actividad que estaba desarrollando al no solicitar el santo y seña para identificar a quien estuviera cerca antes de disparar, deber que era imperativo para poder desplazarse dentro del área donde prestaban el servicio de centinelas..."

Más adelante, el Consejero Ponente Enrique Gil Botero, en fallo de siete (7) de marzo de dos mil siete (2007), Exp.: 23001-23-31-000-2000-08145-01(16341), a juicio de esta investigadora no atino el Consejo de Estado al abordar el análisis del asunto bajo la teoría del riesgo excepcional, pues se evidencia del análisis de lo acreditado en el proceso que los agentes Estatales realizan un uso ilegítimo del arma de dotación oficial al desenfundarse la misma sin la proporcionalidad debida, lo que pone de presente más bien la configuración de una falla en el servicio y no de riesgo excepcional solo por el hecho de tratarse de actividad con arma de dotación oficial. El Consejo de Estado, se refirió en los siguientes términos en el fallo:

"La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración¹¹⁹; sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha prestado especial atención a los casos en que la ley permite el uso de las armas por parte de los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones¹²⁰. Así lo consideró, por ejemplo, en sentencia del 27 de julio de 2000:

¹¹⁹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia del 19 de febrero de 1999, exp: 10.459, del 10 de marzo de 1997, exp: 11.134, del 31 de enero de 1997, exp: 9.853, del 12 de diciembre de 1996, exp: 9.791, del 21 de noviembre de 1996, exp: 9.531, del 18 de mayo de 1996, exp: 10.365 y del 15 de marzo de 1996, exp: 9.050.

¹²⁰ Sobre el uso indiscriminado de armas de fuego por miembros de la fuerza pública la Sala se ha pronunciado, entre otras, en sentencias del 14 de marzo de 2002, expediente: 12054, del 21 de febrero de 2002, expediente: 14016, y del tres de mayo de 2001, expediente: 13.231.

“Se agrega que aún en el evento de que los señores Orlando y James Ospina hubieran sido delincuentes y que pretendieran extorsionar a la señora Mélida Díaz, los funcionarios no estaban legitimados para sancionarlos con la pena de muerte, pues si bien es cierto que el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas¹²¹.

...el examen de la proporcionalidad que debe existir entre, la respuesta de la fuerza pública y la agresión que ella misma padece, en éste tipo de eventos, para que su conducta pueda configurar una legítima defensa, debe someterse a un examen más riguroso que el que se pudiera hacer en el común de los casos. Efectivamente, los elementos configurantes de la legítima defensa deben aparecer acreditados de manera indubitable, de modo que el uso de las armas de fuego aparezca como el único medio posible para repeler la agresión o, dicho de otra forma, que no exista otro medio o procedimiento viable para la defensa; que la respuesta armada se dirija exclusivamente a repeler el peligro y no constituya una reacción indiscriminada, y que exista coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la fuerza pública” ¹²².

...De acuerdo con los parámetros anteriores, en el presente caso surgen serias dudas sobre la configuración de la legítima defensa alegada por la demandada.

...Todo lo considerado anteriormente, pone en duda el fundamento probatorio de la causa extraña alegada por la demandada, como quiera que no es posible afirmar que las heridas causadas a Duarte David le permitieran huir del lugar del enfrentamiento. También está en duda la cadena de custodia del revólver supuestamente incautado al occiso, más aún cuando no se practicó prueba de balística sobre su uso reciente, y, por último, las supuestas actividades delictivas del occiso, se fundamentaron en declaraciones posteriores al hecho, cuando se supone que previo al mismo debió existir información que fundamentara el operativo en el que murió.

Lo anterior resultaría suficiente para declarar la responsabilidad de la demandada en aplicación de un régimen de riesgo excepcional, dado que el daño fue causado con armas de dotación oficial, usadas por miembros de la Ejército Nacional en servicio activo, y no se acreditó plenamente la configuración de una causa extraña que permitiera su absolución...”

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2000, expediente: 12.788, actora: Ofelmina Medina Villa.

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, expediente 14.777 (R-0806), actora: Ruth Marina Bustamante. En el mismo sentido ver sentencias del 27 de noviembre de 2003, expediente 14.118 (R-0001), del 29 de enero de 2004, expediente: 14.222 (R-9852) y del 22 de abril del mismo año, expediente: 14.077 (R-9459).

Luego, la Magistrada Ponente Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia de veinte (20) de noviembre de dos mil ocho (2008), Exp.: 05001-23-26-000-1996-01650-01(18349), trae a colación como lo había hecho ya para otros casos de relacionados con actividades peligrosas -que se ya se mencionaron en esta investigación-, que el régimen general aplicado era el de riesgo excepcional, pero que por haberse invocado la falla por la parte actora procedía el estudio bajo este régimen primeramente -de lo que se deducen por un lado la aplicación del régimen de riesgo como regla general y el estudio del régimen invocado que se prefiere prima facie ante la petición del demandante -. A continuación se extraen los apartes de la sentencia que confirman lo asentado:

"...Como la muerte del señor Luís Alfredo Higuita Guzmán se produjo con arma de dotación oficial, el criterio jurisprudencial actual determina como título de imputación bajo el cual deben definirse estas causas el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional¹²³, a menos que se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, pues en tal caso deberá definirse, en primer lugar, si la entidad demandada incurrió o no en una falla y de ser así, si la misma fue la causa del daño.

Los demandantes aducen que la muerte del señor Luís Alfredo Higuita Guzmán es imputable a la Nación -Ministerio de Defensa- a título de falla del servicio, por haber sido causada por miembros del Ejército Nacional quienes debieron "poner

¹²³ Sobre este tema, dijo la Sala en sentencia de 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222): "...en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política...En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero". Criterio que en decisiones posteriores ha reiterado la Sala. Así, en sentencia de 25 de julio de 2002, exp: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180), dijo: "En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosa, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquélla. A la víctima le basta acreditar que dicha actividad intervino en la causación de éste".

oportunamente al retenido a disposición del funcionario competente, sano y salvo, cosa que no sucedió". Pero, la entidad demandada, adujo que, por el contrario, no se encuentra acreditada la captura del señor Higuita Guzmán ni que su muerte haya sido perpetrada por miembros del Ejército Nacional.

Por lo tanto, como se acreditó que la parte demandante sufrió un daño antijurídico causado con armas oficiales y por servidores estatales en ejercicio de sus funciones, se procederá a establecer, en primer lugar, si la entidad demandada incurrió en falla del servicio y, en caso de que no haya quedado demostrada dicha falla, establecer si el daño le es imputable a título de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional..."

En la sentencia de once (11) de febrero de dos mil nueve (2009), 05001-23-26-000-1996-00960-01(17318), la Consejera Ponente, Ruth Stella Correa Palacio, reitera lo relacionado con su ponencia en proveído de veinte (20) de noviembre de dos mil ocho (2008) antes referida, es decir, la aplicación del régimen de riesgo como regla general y el estudio del régimen invocado que se prefiere prima facie ante la petición del demandante; se resalta por otro lado que en efecto, la configuración de la responsabilidad corresponde a la falla del servicio por el uso desproporcionado e ilegítimo del arma oficial. Pues así se puede deducir del tenor literal del fallo, que señala:

"Como la muerte de Nelson Carvajal Palacio se produjo con arma de fuego, para decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse en cuenta que el último criterio jurisprudencial relacionado con el título de imputación, bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional¹²⁴, de acuerdo con el cual al demandante le

¹²⁴ Sobre este tema, dijo la Sala en sentencia de 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222): "...en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política...En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero". Criterio que en decisiones posteriores ha reiterado la Sala. Así, en sentencia de 25 de julio de 2002, exp: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180), dijo: "En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades

basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor.

Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se entra a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio de imputación es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración.

En consecuencia, como en la demanda se invocó el régimen de falla del servicio¹²⁵, con fundamento en que el disparo que causó la muerte a Carvajal Palacio se produjo como consecuencia del actuar negligente del autor material del hecho, se procederá en primer término a analizar si se halla acreditado ese régimen de responsabilidad, previas unas consideraciones en torno a la inviolabilidad del derecho a la vida.

...En síntesis, las pruebas obrantes permiten acreditar que si bien la víctima estaba intentando cometer un hurto de un vehículo en hechos confusos cuando fue alcanzada por una bala del arma de fuego del escolta Beltrán Niño, no había razones suficientes para que éste último disparara sin mediar amenaza directa y probada contra la vida del ocupante de aquel automotor, ni contra la persona escoltada. Cabe destacar que quedó acreditado que el arma decomisada al asaltante no fue usada.

En otros términos, no se acreditó la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad, ya que no se estableció una amenaza cierta basada en hechos particulares y manifiestos por parte de esta última a la vida del

peligrosas, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquélla. A la víctima le basta acreditar que dicha actividad intervino en la causación de éste”.

¹²⁵ En épocas anteriores los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas se definía con fundamento en el régimen de falla presunta del servicio de acuerdo con el cual pesaba en contra de quien ejercía la actividad una presunción de falla, que éste podía desvirtuar. Al respecto ver, por ejemplo, sentencia de 15 de agosto de 1996, exp: 11.071.

conductor del vehículo al que ingresó aparatosamente, como tampoco a los ocupantes del carro escolta. "

El veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), en 50001-23-31-000-1999-04962-01(18562), el Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez; a criterio de esta investigadora además de que el Consejo de Estado con atino utiliza el régimen objetivo de riesgo excepcional –sin falla- conforme a los atributos y cometidos ontológicos propios del mismo régimen, se destaca con lo anterior, la absolución a lugar de Responsabilidad en cabeza del Estado. Esto se puede extraer con facilidad de los siguientes apartes de la decisión:

"De conformidad con todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que el señor Henry Velásquez Castro sufrió una lesión como consecuencia de un impacto por arma de fuego, la cual fue causada por un agente de la Policía Nacional, quien, en horas de la madrugada del día 18 de septiembre de 1993, accionó en contra del primero su arma de fuego de dotación oficial, porque presuntamente aquél no atendió la orden que le fue impartida por dicho agente para que se detuviese y permitiera una requisa.

Por consiguiente, la lesión causada al mencionado señor Velásquez Castro devino del uso de una arma de fuego de dotación oficial, por parte de un agente de la Fuerza Pública con ocasión y por razón del servicio, toda vez que los agentes Carlos Núñez Salazar y Augusto Rafael Silva Castiblanco se encontraban cumpliendo turno de vigilancia y patrullaje en el barrio Popular de la ciudad de Villavicencio, de modo que el estudio de imputación del daño irrogado a la parte actora será analizado con base en el título de riesgo excepcional, dado que aun cuando no se probó que la víctima hubiere disparado contra los agentes de Policía, lo cierto es que los uniformados accionaron sus respectivas armas en respuesta al peligro inminente que representaban los disparos efectuados por el hoy demandante y la huida emprendida por éste, por lo tanto, mal podría, en principio, predicarse que la actuación de los aludidos agentes del orden hubiere sido irregular o ilegítima cuando las circunstancias en las cuales acaeció el hecho no resultaban completamente claras.

... En cuanto al elemento de la imprevisibilidad, de las pruebas que reposan en el expediente se concluye que el proceder del señor Henry Velásquez Castro constituyó un evento súbito y repentino para los agentes de Policía, a quienes no resultaría jurídicamente admisible exigirles lo imposible, esto es anticiparse al designio, personal e intempestivo, de la víctima, quien encontrándose bajo el influjo del alcohol optó por disparar el arma de fuego que portaba; en relación con este punto, resulta necesario precisar que aunque no se probó que tales disparos hubieran estado dirigidos contra los agentes de Policía, lo cierto es que los mismos generaron por sí mismos un peligro inminente tanto para los uniformados como para los ciudadanos que se encontraban cerca al lugar, lo

cual provocó la reacción inmediata, proporcional y necesaria por parte de los agentes de la Fuerza Pública, con las consecuencias ya conocidas.

En torno al elemento consistente en la irresistibilidad, a juicio de la Sala el mismo también se encuentra presente en el caso objeto de estudio, habida consideración de la inminencia del actuar agresivo e intempestivo por parte del señor Velásquez Castro y de la gravedad de las repercusiones que éste podría haber tenido respecto de la integridad física y de la vida misma de los Policías y/o civiles que hubieren podido resultar agredidos.

De igual forma, se encuentra probada la exterioridad de la conducta desplegada por la víctima respecto del servicio prestado por la Policía Nacional, habida cuenta de que el proceder del señor Velásquez Castro no tenía vínculo alguno con la entidad demandada y, en consecuencia, el lesionado no se encontraba ejecutando función alguna relacionada con el servicio, máxime si se toma en consideración que, por el contrario, debido al peligro que implica el portar y efectuar disparos con arma de fuego bajo el influjo de alcohol, se encontraba próximo a cometer un ilícito, pues el material probatorio recaudado en el proceso evidencia que los agentes de Policía estaban en el lugar atendiendo una queja precisamente por el actuar peligroso e imprudente de éste.

Lo expuesto fuerza concluir que se encuentra plenamente acreditada la configuración de la eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima..."

Posteriormente con Ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia de veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011), Exp.: 54001-23-31-000-1996-09313-01(20545); además de exponerse la actual tendencia según la cual la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con los presupuestos de daño antijurídico e imputabilidad (fáctica y jurídica), en tratándose del régimen aplicable al estudio del caso por un lado, se acepta que el desarrollo de actividades peligrosas genera una objetiva amenaza en la que se hace nugatorio el análisis de la culpa, y por otro lado, se acepta también la posibilidad de que las mismas actividades peligrosas, que están previamente reguladas admitan la imputación bajo el título de falla del servicio. Comparte esta investigadora la posición del Consejo de Estado frente a este caso, en tanto no se privilegia el análisis de bajo un régimen (bien sea como ya se había mencionado por petición de la parte actora, o por la regla general de imponerlo); que ello se realiza conforme a las características propias del caso, por parte del funcionario competente. Refiere algunos apartes de la sentencia:

"el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la

solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹²⁶.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos” ¹²⁷. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹²⁸, anormal¹²⁹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹³⁰.

...Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, 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 –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; 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 el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“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 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”¹³¹.

...Las reglas específicas que dominan el tópico acerca de la responsabilidad del Estado por los daños causados con armas de dotación oficial han estado influenciadas por la noción de actividad riesgosa, que lleva a considerar que el uso de medios bélicos por parte de las autoridades públicas genera, de suyo, una potencialidad de lesión en los intereses legítimos de un sujeto de derecho.

¹²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹²⁷ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

¹²⁸ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

¹²⁹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

¹³⁰ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

En efecto, a la luz de la regla jurídica del artículo 2356 del Código Civil¹³², la jurisprudencia ha comprendido por actividad peligrosa toda aquella "manipulación de ciertas cosas o [e]l ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, [que] tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario– despliega una persona respecto de otra"¹³³, o "cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas"¹³⁴. Por tales razones, no se ha dudado en reconocer al uso de armas de fuego como una actividad peligrosa.

Expuesto lo anterior, se tiene que el desarrollo de actividades peligrosas trae por consecuencia la generación objetiva de una amenaza de lesión para los bienes, derechos y/o intereses de una persona; esta situación desde la perspectiva de la responsabilidad hace prescindir de la demostración de la falla, falta o culpa de la entidad administrativa como elemento para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, de manera que la misma deviene en objetiva. En razón a ello esta Corporación ha sostenido que

"para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado."¹³⁵

En el mismo sentido,

"en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos

¹³² Artículo 2356 Código Civil. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

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

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de octubre de 2001. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Radicado: Expediente 6315.

¹³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 2001. C.P.: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Radicado: 12487.

¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 76001-23-31-000-1997-04952-01(19160)

de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración, para exonerarse de responsabilidad, deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero."¹³⁶

Aun así, sin perjuicio del riesgo excepcional como título de imputación, la Sala también considera la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado, en tratándose de actividades peligrosas, a partir de la falla del servicio. En efecto, las actividades riesgosas permitidas dentro del medio social - como es el manejo de armas de fuego de dotación oficial- están sujetas a regulaciones, bien por reglas jurídicas precisas, o por normas que la técnica y la experiencia han decantado al respecto.

Por lo tanto, para la Sala, también es posible efectuar un juicio de atribución de responsabilidad del Estado por la desatención o desconocimiento de dichas prescripciones en el despliegue de tales actividades, como cuando se presenta un uso desproporcionado o excesivo de las armas de fuego¹³⁷, o se desconocen las normas de cuidado en su manipulación¹³⁸, entre otras, siendo considerada la falla del servicio como el régimen general de responsabilidad a aplicar, en concurrencia con el riesgo excepcional, como se desprende del precedente de la Corporación:

"En todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927)

¹³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de marzo de 2011, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1995-00476-01(20294)

¹³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de junio de 2008. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicado: 05001-23-31-000-1994-00717-01(17516)

de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración."¹³⁹

En el mismo sentido, el precedente jurisprudencial de la Sala, también, ha señalado la preferencia de la falla del servicio, en el evento de haber lugar a ello, en cumplimiento de la función pedagógica del juez administrativo; en los siguientes términos:

“Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche”.¹⁴⁰

Así las cosas, sobre el manejo, administración, cuidado y uso de las armas de dotación oficial, como bienes fiscales, es susceptible de configurarse la existencia de una posición de garante, en casos en concreto, como quiera que el riesgo intrínseco que tales artefactos representan lleva a exigir de parte del Estado el desarrollo de las acciones a que haya lugar, a efecto de garantizar que el riesgo administrado por quienes manipulan dichos artefactos no exceda los límites prescritos por las reglas que regulan la actividad, esto es, por ejemplo, que dichos instrumentos sean empleados por personal idóneo, su uso se efectúe en las ocasiones estrictamente necesarias y únicamente dentro de prestación del servicio, así como que los mismos artefactos se encuentren en condiciones óptimas para ser empleados.

En otras palabras, se trata del despliegue de actuaciones bien sobre los instrumentos peligrosos empleados (en cuanto a su cuidado y conservación),

¹³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, C.P.: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Radicado: 05001-23-31-000-1992-01490-01(16741)

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927)

como sobre los funcionarios públicos encargados de su manipulación, cuando estos actúen amparados en el fuero institucional del Estado, o lo que es lo mismo, el Estado no puede intervenir en el fuero interno del agente más allá de cuando éste actúa a su nombre.

Seguidamente, Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz, en sentencia de cinco (5) de julio de dos mil doce (2012), Exp.: 05001-23-24-000-1995-01282-01(22252), en este proveído, vemos que el Consejo de Estado, de manera eficiente por un lado, realiza un análisis del presupuesto de imputación -de todo régimen de responsabilidad del Estado- del que se desprende la absolucón Estatal, por el hecho de serle fáctica y jurídicamente ajeno a la administración, sin embargo, se observa el planteamiento bajo el cual la sección tercera invoca como regla general la aplicación si hubiere sido del caso -conforme se trataba de una actividad peligrosa. Se indica lo siguiente en el comentado proveído:

“El ex agente ALEXANDER DE JESUS AMAYA VARGAS, el día 07-08-94, tenía la obligación de prestar turnos de vigilancia entre la 1:00 p.m. y 7:00 pm y la 1:00 a.m. y 7:00 a.m. del día siguiente, como se desprende de los oficios remitidos por la Dirección de Policía antes relacionados. No obstante lo anterior, el ex agente solicitó permiso en horas de la mañana del 07-08-94, antes que iniciaran sus turnos y no se presentó, sino hasta la mañana del día siguiente, de conformidad con lo establecido en el informativo disciplinario allegado al proceso. De igual manera se puede afirmar con plena certeza que durante el tiempo que el agente estuvo ausentado de sus labores, cometió los asesinatos que originaron la presente demanda con un arma corta (revólver) de color cromado, de tal manera, es evidente que no utilizó su arma de dotación oficial, la cual era un fusil G-3. A su vez, no portaba ninguna prenda oficial que lo identificara como agente de la Policía Nacional ni estaba realizando operación alguna relacionada con el servicio...

... La jurisprudencia de esta Corporación de manera pacífica ha señalado que aquellos casos en los cuales se presume que un homicidio a un ciudadano fue cometido por un agente de la fuerza pública, con su arma de dotación oficial, el proceso deberá analizarse desde el régimen de responsabilidad denominado riesgo excepcional, por lo tanto, para que los daños antijurídicos alegados no sean imputables a la entidad demandada deberá demostrarse alguna de las causales eximentes de responsabilidad, a saber, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, hecho exclusivo y determinante de un tercero y culpa personal del agente.

En relación con la culpa personal del agente el precedente jurisprudencial tiene por sentado lo siguiente:

“(...) En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las

autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño.

En estas circunstancias, es fácil deducir que el agente de la Policía que dio muerte a la señora CLAUDIA COMBITA, actuó a título personal, por móviles personales, en momentos en que no se encontraba de servicio y con un arma de su propiedad. Su conducta en nada compromete a la administración, pues no existe un nexo que permita ligar su actuación personal con el servicio que estaba a cargo de la entidad pública encartada¹⁴¹.

Por último, tenemos que la Magistrada Ponente Olga Melida Valle De De La Hoz, en sentencia de ocho (8) de mayo de dos mil trece (2013), Exp.: 25000-23-26-000-1998-01036-01(23016), Bajo el criterio de esta investigadora no es acertada la posición de la Corporación toda vez que se plantea que debido a la no prosperidad del régimen de falla del servicio, debía abordarse el de riesgo excepcional por actividad peligrosa, para concluir que ninguno se configuraría, por cuanto la imputación del daño antijurídico al estado quedaba sin piso factico y jurídico-afirmación que se probó antes de manifestarse lo relacionado con la aplicación de las teorías, a las que no habría lugar ni siquiera que llegar a nombrar, pues por excelencia ya la responsabilidad del Estado se había desacreditado con el análisis de la imputación que no le fue endilgable de entrada al Estado. La anterior se infiere de los siguientes fragmentos de la decisión judicial:

“En consecuencia, los hechos en los que se basó la demanda quedaron sin fundamento pues no se logró demostrar la alegada participación ni de los agentes identificados por la parte demandante, ni de otros agentes estatales, tal y como lo sostuvo el Ministerio Público en el concepto que rindió ante esta Corporación. Ahora bien, es preciso indicar que aun cuando reposa en el plenario copia de la sentencia condenatoria contra Héctor Paul Flórez Martínez en su condición de coautor material de los delitos de que da cuenta la acusación, su condición de agente del Estado no se encontró probada en el proceso.

En suma, la alegada falla del servicio apoyada en la participación de uniformados en el execrable crimen del que dan cuenta los hechos relatados en la demanda, no se encuentra probada en el sub lite.

¹⁴¹ Consejero ponente: Alier Eduardo Hernandez Enriquez, Santafé de Bogotá D. C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), Radicación número: 10948-11643.

1. Ausencia de análisis y pronunciamiento respecto del régimen de responsabilidad objetiva por ejercicio de actividades peligrosas, lo cual ha debido hacer una vez desechado el régimen subjetivo por no encontrar probada la falla, teniendo en cuenta que existe prueba de que el daño fue producido con armas de fuego y vehículos oficiales, todo con base en el contenido de las resoluciones de acusación que reposan en el plenario.

Al respecto, esta Subsección ha sostenido que efectivamente, el daño antijurídico puede ser ocasionado por el desarrollo de actividades definidas como peligrosas por la ley o la jurisprudencia. En efecto, "la jurisprudencia de la Sala ha señalado que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue —por parte de la entidad pública o de sus agentes— de actividades peligrosas, es aquel a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad quien quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen por la realización del riesgo creado"¹⁴².

Si dichas actividades son desarrolladas por agentes estatales, el eventual daño que puedan causar será imputable a la administración a título de riesgo excepcional. Al respecto, esta Sección explica que "En cuanto a la aplicación de la teoría del riesgo excepcional, ha sido reiterada la tesis según la cual, en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.) el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal al cual el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella"¹⁴³.

No obstante lo anterior, también se ha considerado que en aquellas ocasiones en las que la actividad peligrosa hubiere sido desplegada de manera negligente o imprudente, el régimen de responsabilidad aplicable ya no sería objetivo por riesgo excepcional, sino subjetivo por falla en el servicio. En efecto, "Por regla general, la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado derivada de los daños antijurídicos producidos con ocasión de la utilización de armas de dotación oficial, por tratarse de una actividad peligrosa, se hace con fundamento en el régimen del riesgo excepcional, en el cual basta con acreditar la existencia del daño y su nexo de causalidad con el servicio sin necesidad de entrar a determinar o calificar la conducta de quien produjo el daño, como culposa o no; sin embargo, en el presente asunto resulta evidente la existencia de una falla del servicio, constituida por las lesiones causadas a uno de los demandantes, miembro de la Policía Nacional, con arma de dotación oficial accionada por otro miembro de esta entidad, que estando también en servicio, obró imprudentemente"¹⁴⁴.

¹⁴² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 17 de marzo de 2010; Exp. 18567

¹⁴³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 15 de marzo de 2001; Exp. 11222.

¹⁴⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de agosto de 2004; Exp. 15791

De cualquier forma, independientemente que el caso de autos se analice desde la perspectiva del régimen de responsabilidad de riesgo excepcional o desde el de falla en el servicio, en lo que se refiere a la supuesta utilización de vehículos oficiales, armas de dotación oficial y recursos provenientes del Fondo Rotatorio del Ejército para fines criminales, ninguna prueba obra en el plenario que permita siquiera inferir lo dicho en la demanda tal y como lo advirtió el Ministerio Público, pues si bien inicialmente se investigó la conducta de algunos miembros de la fuerza pública como presuntos partícipes responsables de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, tentativa de homicidio, concierto para delinquir y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas con base en las averiguaciones realizadas por los investigadores de la fiscalía, todas quedaron desvirtuadas pues finalmente, ninguno fue condenado por dichos delitos dentro de la causa en la que se investigaron los hechos que sirvieron de fundamento a la presente demanda, y en consecuencia, no puede endilgarse responsabilidad en la Nación por los mismos."

2. Ausencia de análisis de la responsabilidad objetiva sustentada en la tesis del daño especial por ruptura del equilibrio de las cargas públicas, pues el magnicidio que terminó con la vida del señor José del Cristo, realmente iba dirigido contra el Dr. Álvaro Gómez Hurtado con base en móviles puramente políticos.

De acuerdo con lo que se ha dicho hasta ahora, no existiendo criterio de imputación material ni normativa que vincule la administración a los hechos que generaron el daño antijurídico, se confirmará la sentencia apelada en su totalidad.

4.4. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CUANTO A LOS CONSCRIPTOS.

Luego, en sentencia de veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Exp.: 85001-23-31-000-1996-00282-01(15445) con Ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez, a opinión de esta investigadora atina en establecer que no existe responsabilidad del Estado, bajo el título de régimen excepcional, ni bajo el de riesgo excepcional, en tanto las actividades realizadas por el conscripto que dieron origen a las lesiones sufridas por éste nada tenían que ver con alguna actividad peligrosa, por un lado, y por el otro nada tenían que ver con el cumplimiento de los deberes impuesto o encomendados al conscripto; llama la atención que no se argumente en debida forma que el daño antijurídico fue producto de una causa extraña –hecho exclusivo de la víctima-; y por otro lado, que se califique como subsidiario el régimen de riesgo excepcional ante el de

falla de servicio, pasión no compartida por esta investigadora. En el fallo comentado se expuso:

“El día 6 de junio el soldado Hernández Duarte estaba adscrito a la contraguerrilla del escuadrón “A” radicado en la base militar de Cerro Venado. El Comandante de la Base Militar le ordenó comprar unos víveres y para cumplir la misión tenía que atravesar un campo; al regresar en horas de la noche, en un pedazo del camino que es peligroso, se rodó y se fracturó el brazo izquierdo.

Y como consecuencia de la caída sufrió: Trauma del miembro superior izquierdo, fracturas supracondilea e intercondilea abierta y politraumatismo.

La Sala encuentra que al igual que en el de falla, que los daños imputados a título de riesgo y de daño especial no fueron demostradas. En efecto: En el ámbito obligacional del Estado bajo estos títulos se origina, no en la prestación defectuosa de una función administrativa o servicio público, sino en el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas establecidas en la ley: en el riesgo mediante la exposición del administrado a un riesgo excepcional a través del ejercicio de una actividad peligrosa o el uso de un instrumento de esa misma condición; y en el daño especial a través del gravamen particularizado a un grupo de ciudadanos o a un individuo en particular, producido por el ejercicio legítimo de la actividad administrativa.

En el caso y por riesgo se tiene, en primer lugar, que carece de respaldo probatorio la conducta aseverada definitivamente de que la Administración sometió al soldado a riesgos derivados de una actividad o instrumento de carácter peligroso, toda vez que si bien en la demanda se le da el calificativo de peligrosa a la actividad que se le encomendó al soldado (compra de víveres en la ciudad de Yopal), no se demostró que efectivamente revisiera esta cualidad, sumado a que no se trataba de una actividad de aquellas reconocidas como peligrosas o cuyo ejercicio reportara la contingencia a sufrir un daño. Y esa condición no se desprende, como parece entenderlo el actor, de la prueba del accidente sufrido por el soldado cuando de regreso de cumplir su misión, rodó a campo traviesa fracturándose un brazo y sufriendo otras lesiones. No puede deducirse en forma automática que como el soldado rodó a campo traviesa cuando regresaba de la ciudad de Yopal, el terreno atravesado era topográficamente peligroso y, en consecuencia, la labor ordenada en esas condiciones también lo era, dado que aquel podía haberse originado aun cuando el trayecto pudiera calificarse de seguro, en causas tales como el regreso de noche del soldado con algún grado de alicoramiento, el desvío del trayecto y el tránsito por lugar desconocido etc.

En lo que respecta a la responsabilidad por daño especial por daños sufridos por conscriptos y derivada del sometimiento a una carga especial, distinta a la impuesta a los demás ciudadanos, encuentra la Sala que tampoco se acreditó ese primer elemento, dado que la actividad en la que resultó lesionado el conscripto no era de aquellas consideradas como propias del servicio militar,

relacionadas básicamente con actividades de protección y defensa de la independencia y seguridad nacionales.

Entonces en casos como éstos en los que se alega la exposición del conscripto a un riesgo excepcional y distinto a los que corresponden con el ejercicio de la actividad militar, el título jurídico aplicable no puede ser otro que el de riesgo excepcional, analizado atrás, el cual como se indicó tiene carácter subsidiario, frente a la no prosperidad de las imputaciones por falla en el servicio. ""

Posteriormente, el Consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, el tres (3) de mayo de dos mil siete (2007) Radicación número: 68001-23-15-000-1995-01420-01(16200), deja claro en primer lugar los presupuestos bajo los cuales se debe acreditar la responsabilidad del Estado –daño antijurídico e imputación-; y en segundo lugar, también expone con claridad la diferencia de naturaleza constitucional y legal radical –proveniente de la voluntad libre o impuesta que genera el vínculo por el cual se une una persona a la fuerza pública; y que juega un papel determinante a la hora de analizar la procedencia de la responsabilidad estatal, conforme venía dado y reiterado ya por el Consejo de Estado tiempo atrás, y acerca del punto de interés que se ocupa en esta investigación, fue claro en establecer que para el caso de los conscriptos el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, acudía conforme a las circunstancias propias del caso a dar aplicación a cualquiera de los regímenes de responsabilidad extracontractual –riesgo excepcional, daño especial y falla en el servicio-, podría decirse, sin privilegiar alguno. La sentencia expone lo explicado en los siguientes términos:

"Para que pueda imputarse responsabilidad patrimonial al Estado, es necesario acreditar, fundamentalmente, dos extremos: el daño antijurídico sufrido por el demandante, entendido como aquel que no está en el deber legal de soportar, y la imputabilidad del mismo al Estado, en virtud de alguno de los regímenes tradicionalmente manejados por la jurisprudencia para determinarla.

...el daño antijurídico alegado se deriva de las lesiones o muerte de un miembro de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, el DAS, o cualquier organismo similar, en donde el común denominador es el alto grado de riesgo que para su integridad personal corren los miembros de estas instituciones en virtud de las funciones a su cargo, las cuales tienen que ver con el mantenimiento del orden público y la defensa de la soberanía estatal y por lo mismo implican afrontar situaciones de alta peligrosidad, el eventual enfrentamiento con la delincuencia y la utilización de armas de dotación oficial.

... por lo cual se puede afirmar que, desde este punto de vista, los miembros de tales instituciones se hallan amparados de un modo que generalmente excede el

común régimen prestacional de los demás servidores públicos, en consideración al riesgo especial que implica el ejercicio de las funciones a su cargo.

Por ello, la jurisprudencia de la Sala ha considerado también, en principio, que en la medida en que una persona ingresa libremente a una de estas instituciones y se vincula al ejercicio de esa clase de actividades que entrañan riesgo para su vida e integridad personal, está aceptándolo como una probabilidad y lo asume como característica propia de las funciones que se dispone a ejercer; esto se puede predicar de los agentes y oficiales de la Policía Nacional, así como de los miembros de las Fuerzas Armadas: Ejército Nacional, Armada Nacional, Fuerza Aérea, y de los miembros del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

En esa medida, cuando el riesgo se concreta y el servidor público -agente de Policía, soldado, etc.- sufre lesiones o encuentra la muerte cuando se hallaba ejerciendo sus funciones y por razón de las mismas, surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales consagradas en el régimen laboral especial al que está sujeto; sin embargo, la responsabilidad por ese daño pero no se le puede imputar al Estado, a menos que se logre demostrar que hubo de por medio una falla del servicio o que la víctima fue expuesta a un riesgo excepcional, comparativamente con la situación de sus demás compañeros de armas; al respecto, ha dicho la jurisprudencia¹⁴⁵:

“Por este motivo la ley ha consagrado un régimen de indemnización predeterminada o a *forfait*, como lo denominan los franceses, para los casos de muerte o lesiones en servicio activo simplemente, en actos comunes de servicio o en actos especiales, extraordinarios o eminentes de servicio de que tratan los Decretos 2338 de 1971 y 094 de 1989 y que responden a la idea de riesgo o accidente de trabajo, sin consideración a la culpa o falla del servicio (responsabilidad patrimonial objetiva).

Aquí se parte de la exigencia de una obligación de seguridad del empleado, lo que conduce a considerar una lesión o la muerte del trabajador como el incumplimiento o la violación de esa obligación.

Por el contrario, cuando se logra probar la culpa del patrono o la falla del servicio el trabajador tiene derecho a la indemnización plena u ordinaria (Ley 6 de 1945, art. 12 literal b, inciso final).

Distinta es la situación, cuando el miembro de la institución armada no ingresó a ella por su voluntad, sino que fue legalmente reclutado para prestar el servicio militar obligatorio -conscripto-, puesto que en estos casos no se puede predicar que él libremente decidió asumir el riesgo inherente a esa actividad estatal; en estos eventos, la Sala ha sido constante en considerar que, dado que el ingreso a la institución se produce en forma obligatoria para el soldado y además, en virtud de la naturaleza misma de las funciones que desarrolla la institución a la que

¹⁴⁵ Sentencia del 15 de febrero de 1996, Expediente 10.033. En el mismo sentido, Sentencia del 20 de febrero de 1997, Expediente 11756.

ingresa, es sometido a riesgos que sobrepasan a los que normalmente se imponen a las personas en general, con lo cual se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas, el Estado asume el deber de devolverlo al seno de la sociedad en las mismas condiciones físicas en las que ingresó a prestar dicho servicio; ha dicho la Sala, además, que no puede ser igual el tratamiento que se dispense a quienes ejercen sus funciones profesionalmente, con alto grado de entrenamiento y compromiso, y a quienes, simplemente por estar obligados legalmente a ello, ingresan a las filas de las instituciones armadas; en consecuencia, las labores y misiones que a estos últimos se les encomienden, deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción, además de representar un mínimo de riesgo para su vida e integridad personal, salvo que la situación específica de necesidad de defensa del Estado exija algo distinto¹⁴⁶:

“En casos como éste, la Corporación ha sostenido que quienes prestan el servicio militar obligatorio en su condición de bachilleres o campesinos, si bien están obligados a tomar las armas y reciben para ello una formación mínima, su preparación y adiestramiento en el aspecto militar y de defensa personal no alcanza niveles evidentes de proporcionalidad frente al peligro que afrontan, por razón del corto tiempo de servicio o la configuración física del conscripto. No es admisible por tanto, según la jurisprudencia, que se asigne justamente a los menos preparados la responsabilidad más grave, o una igual o equivalente a la del soldado cuya formación en esos campos es más completa. Por ello, las tareas más peligrosas y la responsabilidad de ataque y respuesta armada en zonas y situaciones calificadas como de alto riesgo deben ser atendidas en primer lugar por los soldados voluntarios, luego por los regulares y sólo en última instancia por los bachilleres y campesinos.

El Ejército Nacional atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando envía a estos soldados a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando los envía sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas con presencia de grupos guerrilleros. Sólo en casos extremos, y no habiendo personal especializado para cumplir con la labor riesgosa, se puede aceptar que se empleen como voluntarios para tareas diferentes a las administrativas y de servicio social, debido a la especial protección que el Estado está obligado a proporcionarles”.

Y en materia de responsabilidad estatal, se sostuvo en un principio, que frente a los conscriptos el Estado asumía una obligación de resultado y por lo tanto objetiva, de tal manera que la entidad, una vez producido el daño, por las lesiones o la muerte de un joven durante la prestación del servicio militar y con ocasión de la misma, sólo podía exonerarse de responsabilidad mediante la comprobación de una causa extraña, como fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero; posteriormente, se abandonó el criterio de la obligación de resultado, aunque subsiste el régimen de

¹⁴⁶ Sentencia del 14 de diciembre de 2004. Expediente 14.422.

responsabilidad objetiva, fundamentado en las teorías del riesgo excepcional y del daño especial; al respecto, la jurisprudencia reciente de la Sala ha sostenido¹⁴⁷:

"En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, ha considerado la Sala que el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS¹⁴⁸, porque el sometimiento de aquellos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, *"derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social"*¹⁴⁹, para *"defender la independencia nacional y las instituciones públicas"* (art. 216 C.P.).

Por eso, desde tiempo atrás la jurisprudencia ha considerado que cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares¹⁵⁰, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar.

Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas¹⁵¹; el de falla probada cuando la

¹⁴⁷ Sentencia de 1 de marzo de 2006, Expediente 16.528

¹⁴⁸ Ha dicho la Sala que "quienes ejerce funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)". Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de 21 de febrero de 2002, exp: 12.799.

¹⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-250 del 30 de junio de 1993.

¹⁵⁰ Sentencias de 3 de marzo de 1989, exp: 5290 y del 25 de octubre de 1991, exp: 6465, entre otras.

¹⁵¹ En sentencia de 10 de agosto de 2005, exp: 85001-23-31-000-0448-01 (16.205), la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridos por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: "...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a

irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas¹⁵²; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal".

... Tal y como ya se explicó, de esa vinculación voluntaria del joven fallecido a la institución armada, se desprende que asumió los riesgos propios de la profesión que eligió libremente, por lo cual no cabe imputarle responsabilidad al Estado por los daños que el soldado voluntario pudiera sufrir en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, a menos que se pudiera comprobar la existencia de una circunstancia de riesgo excepcional, frente a sus compañeros de armas, o de una falla del servicio que fuera la causa eficiente del daño.

... si bien se probó el daño antijurídico, no se acreditó la falla del servicio alegada, mientras que de otro lado, se advierte que, conforme a la escasa información sobre la ocurrencia de los hechos, se deduce que los mismos obedecieron al hecho exclusivo y determinante de un tercero, en la medida en que las graves lesiones sufridas por el soldado voluntario RINCON ROJAS obedecieron a la activación de un artefacto explosivo aparentemente instalado y camuflado por miembros del grupo subversivo autodenominado FARC, circunstancia que, de cualquier forma, rompe el nexo causal entre la actuación de la entidad demandada y el daño antijurídico."

la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho".

¹⁵² En sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 85001-23-31-000-1996-00282-01(15445), dijo la Sala: "En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el "daño" tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos. El Consejo de Estado ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadoras de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar *) el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado - o por su destinación o por su estructura -; *) el daño antijurídico; y *) el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor".

Por último, tenemos que el Consejero ponente Enrique Gil Botero, en sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011), Exp.: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), estableció como se venía afirmando en la Corporación que la responsabilidad del estado en cuanto a conscriptos era clara a título de falla, riesgo excepcional o daño especial, en tanto la voluntad de la voluntad de estos se vía doblegada por el imperium del Estado, imponiéndoseles una carga o un deber público, que hacia al estado responsable. En el mencionado fallo se señaló:

"4. En preciso señalar, que la Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional, es un riesgo propio del servicio que prestan en cumplimiento de operaciones o misiones castrenses. Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor respecto al de sus demás compañeros, con quienes desarrolle la misión encomendada, o que se le ponga en situación de desigualdad ante aquéllos y en relación al servicio mismo.

Sin embargo, dicha tesis no es de aplicación al presente caso, como erróneamente lo interpretó el a quo, toda vez, que el soldado Antonio Jose Vigoya Giraldo no se encontraba vinculado con el Ejército Nacional como profesional, sino en condición de conscripto, por estar prestando el servicio militar obligatorio como soldado regular.

... En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares (conscriptos), en la medida que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la organización estatal debe responder bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estarían sometidos, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

Como se aprecia, en relación con los conscriptos, el principio iura novit curia, reviste una característica especial, ya que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación que se vienen de enunciar. No debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga la obligación de prestar el servicio militar, deber garantizar la integridad psicofísica del soldado pues se encuentra sometido a su custodia y cuidado, además que, por regla general, lo sitúa en una

posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad deriva en que debe responder por los daños que le sean irrogados en virtud de la ejecución de la carga pública.

Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, entra en una relación de especial sujeción¹⁵³ que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

Ahora bien, en cada caso concreto en que se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, de manera específica al poner al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio.

Por lo expuesto, es que no se puede hablar de culpa exclusiva de la víctima, toda vez que si bien es cierto, los miembros del Ejército tenían conocimiento de que el área estaba minada sin la debida demarcación, por más precauciones que tomaran les resultaba imposible precisar si se estaba pisando o no una mina antipersonal.

En esas condiciones, para la Sala, en el caso sub examine, el daño antijurídico es imputable a la demandada a título de falla del servicio, ya que en el proceso se encuentra probado el comportamiento negligente de la entidad frente a la obligación de protección y seguridad que debía brindar al personal militar, más aún si se trataba de un soldado conscripto, cuya voluntad se encuentra sometida por la administración pública, y que, por lo tanto, no tiene una libre elección en la prestación o no del deber impuesto.

4.5. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS.

En sentencia de febrero cinco (5) de mil novecientos noventa y ocho (1998), Exp.: 12043, el Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández, pese a que esta investigadora considera acertada la condena al Estado por su responsabilidad por falla en servicio, no se explica, él por qué, para el presente caso el Consejo de

¹⁵³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 19849. C.P. Enrique Gil Botero.

Estado se refiere a que se sometió a la víctima a un riesgo excepcional –la expresión podría ser mal interpretada por el lector-, pues lo cierto sería afirmar que lo somete a una actividad riesgosa –que es diferente- (como se explicó en el numeral 2.4 del capítulo II) con conocimiento de causa, no tomando las medidas de seguridad que el deber funcional hubieren podido recomendar, y consecuencia de tal omisión devino la responsabilidad por falla. Esto se tiene con claridad de los apartes transcritos del fallo en el que se expone:

“habiéndose presentado el ataque de las fuerzas subversivas en la persona de un particular, que desempeñaba una misión oficial por órdenes del ejército al margen de la vinculación legal o contractual que pudiera tener para con el ejército o para con terceras personas, la responsabilidad patrimonial por los daños ocurridos a los demandantes encuentra pleno fundamento en dicha circunstancia.

En efecto, no debe olvidarse que en el caso concreto el mismo ente demandado reconoce expresa e inequívocamente que el transporte de víveres con destino al destacamento militar se realizaba a instancias de particulares precisamente como una estrategia militar tendiente a evitar que el enemigo detectara el aprovisionamiento de víveres y la presencia de la institución militar en la zona. Dicho en otros términos, para poder realizar el cumplimiento de la misión encomendada se acudía al servicio de particulares porque el Ejército Nacional consideraba que dicho mecanismo aminoraba los riesgos de ver frustrado el empeño de aprovisionar de víveres a sus tropas.

Y fue precisamente en ejecución de esa estrategia, en la cual perdió la vida el joven conductor Humberto Rueda Suárez, que como lo dicen las pruebas, fue sometido a torturas y actos vejatorios de gravedad inusitada, precisamente por prestar los servicios de transporte al Ejército Nacional.

En este orden de ideas, resulta comprometida la responsabilidad del ente demandado, pues en sentir de la Sala, la institución militar, desde luego que con ese proceder y muy a sabiendas de la existencia de un orden público beligerante en la zona, sometió, con la ejecución de dicha prestación de transporte a la víctima, a un riesgo excepcional, que nadie en un Estado social de derecho, está obligado a soportar, aunque medie una relación contractual entre beneficiario del servicio y prestatario del mismo, relación jurídica ésta que en manera alguna puede comportar, el sometimiento de una persona, llámese particular, contratista o conductor e incluso soldado, al evidente riesgo de muerte, máxime si se considera que, es al ejército de la república a quien compete velar por la seguridad de todos los ciudadanos y de quien se espera la protección adecuada que la Constitución ordena.

No es admisible ni tiene justificación desde ningún punto de vista el que las fuerzas regulares de la república se nieguen a prestar la protección adecuada a sus servidores o pretendan superar las circunstancias adversas que la guerra reconocida en la zona planteaban al ejército, con el ingenuo argumento de que

los transportadores, en el caso concreto los conductores, conocían de antemano el riesgo a que se sometían por la colaboración a la institución militar.

En el caso concreto, a juicio de la Sala, existe suficiente fundamento para declarar la responsabilidad deprecada en la demanda desde el punto de vista de la falla del servicio si se quiere, en el entendido de que la omisión en adoptar las protecciones adecuadas y necesarias frente al riesgo de dicho transporte, configuran y ponen de presente la conducta deficiente e injustificada del ejército que trajo de consecuencia como causa eficiente la muerte del señor Humberto Rueda Suárez.

Ahora, vistas las cosas desde la óptica de la teoría del daño especial, también existen argumentos suficientes para declarar la responsabilidad del ejército en el presente asunto, pues como se ha señalado, no se justifica desde ningún punto de vista, el que el ejército regular de la república ante la evidente imposibilidad de superar las fuerzas de la subversión, haya tenido que acudir al servicio de particulares para satisfacer una necesidad esencial de las tropas, que paradójicamente el propio ejército no puede cumplir por su propia cuenta y precisamente por esa circunstancia pretenda exonerarse de responsabilidad.

Se podrá sostener incluso que razones de conveniencia y de seguridad militar hacían aconsejable la utilización de servicios particulares para el transporte de los víveres y que dicho proceder en manera alguna puede calificarse de irregular dadas las condiciones de guerra de la zona, más sin embargo, lo que no puede aceptarse, es que el costo de dicha maniobra militar, lo tengan que asumir los particulares, que a la sazón oficiaban de colaboradores del Ejército Nacional, así lo hubieren hecho por virtud del cumplimiento de un contrato de transporte, y mucho menos, cuando el precio que se debe pagar por la ejecución de dichos servicios, se contrae a la pérdida de la vida de quienes ejecutaban el transporte el día de los acontecimientos, pues ese daño, si resulta desde todo punto de vista antijurídico, según el claro entendimiento que la jurisprudencia nacional le ha venido otorgando al art. 90 de la Constitución Política, pues el riesgo de muerte, casi que vaticinada con anterioridad a la ocurrencia de los hechos, tal cual se infiere del testimonio del transportador contratista, es un resultado perjudicial que ninguna persona está obligada a soportar."

Más adelante, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernandez Enriquez, en sentencia de dieciocho (18) de octubre de dos mil (2000), Exp.: 11834, de manera muy atinada, realiza una verdadera justicia en aplicación al sentido del régimen de riesgo excepcional-sin falla- por medio del cual se empieza a reconocer la responsabilidad estatal por los padecimientos (en sus bienes) más allá de las cargas soportables de los ciudadanos vecinos a los CAI, en hechos en que éstos últimos, eran blanco de atentados terroristas. Se expuso en aquel proveído:

"En efecto, no tiene discusión que los denominados "Comandos de Atención Inmediata CAI" fueron creados y puestos en funcionamiento por las entidades demandadas en beneficio de la comunidad, especialmente en una época en la cual se habían agudizado los índices de delincuencia e inseguridad ciudadanas, lo cual había generado numerosas reclamaciones en orden a que se tomaran medidas efectivas. Sin embargo, estos mecanismos de servicio policial que fueron distribuidos en diferentes sectores urbanos de Medellín, comenzaron a ser objeto de atentados terroristas, que, en 1992 cobraron la vida de más de 80 miembros de la Policía Nacional y la destrucción de 13 "CAI", incluido el del barrio Campo Valdez, de que trata este proceso.

En consecuencia, los moradores de los sectores aledaños a los "CAI", como sucedió con los actores, quedaron expuestos a una situación de peligro de particular gravedad, que excedió notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que se derivan de la prestación de un servicio público.

Ese desequilibrio de las cargas públicas traducido en el riesgo excepcional a que se sometió a los actores y cuya concreción, es decir, el daño, no están en el deber jurídico de soportar, obliga a su restablecimiento a través de la indemnización.

Una prueba fehaciente del estado de peligro es su propia realización como sucedió en el presente caso, en donde el temor permanente que soportaron los actores de que se atentara contra el "CAI" vecino, efectivamente se convirtió en una realidad al ser blanco de una explosión dinamitera que, afortunadamente, no produjo pérdida de vidas, pero si otros daños.

Luego, el Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, en sentencia de veintitrés (23) de Octubre de dos mil tres (2003), Exp.: 25000-23-26-000-1995-00580-01(14211), se encarga muy acertadamente de realizar una exposición clara del cuándo procede la configuración de responsabilidad del estado por actos terroristas bajo los regímenes de riesgo excepcional y falla dejando claro el papel de ambos regímenes; y absolviendo por no configuración de la imputación al estado de hecho dañoso. Señalo en su fallo:

"El Consejo de Estado, ha revisado su posición frente al tema de la responsabilidad por actos terroristas, y en la actualidad la orientación de la Sala descansa en las tesis sobre Falla del Servicio y Riesgo Excepcional.

De tal manera que la falla del servicio se da cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, bien sea porque la persona contra quien iba dirigido el

acto había solicitado protección a las autoridades y ésta no se le brindó, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso; también se aplica éste régimen por acción, cuando funcionarios públicos participaron directamente en la comisión del hecho.

Ha existido una gran confusión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina entre el daño especial y el riesgo excepcional, quizás porque de pronto los dos regímenes se fundamentan en el principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas y porque ambos han invocado, para su existencia, razones de equidad, sin detenerse a pensar que la actividad legítima del Estado causante del daño puede ser riesgosa o no.

En el riesgo excepcional, el título de la imputación del daño al Estado será el Riesgo, de modo que el daño sufrido surge de la actividad riesgosa; en cambio el daño especial, será directamente la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas de modo que la antijuridicidad del daño, dependerá exclusivamente de tal desequilibrio y que deberá tener las características de anormalidad y especialidad.

En concordancia con lo anterior, el Estado expone en riesgo a unas personas más que otras en su actuar legítimo, como por ejemplo el vivir cerca a instalaciones oficiales como lo son los CAI, que son apetecidas por este tipo de delincuentes.

Es ese riesgo creado por el Estado, lo que hace que el daño le sea imputable y no la vulneración a la igualdad frente a las cargas públicas.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, los regímenes actualmente aplicables frente a los atentados terroristas son la falla del servicio y el riesgo excepcional.

...Por el contrario, de las pruebas practicadas se desprende con claridad que se trató de un atentado terrorista dirigido indiscriminadamente contra habitantes de la ciudad de Bogotá D.C, cuyo objetivo no era la afectación de personas o establecimientos específicos, sino la alteración o desestabilización del orden público.

...En efecto, como lo ha precisado esta Corporación en otros pronunciamientos, los atentados terroristas dirigidos indiscriminadamente contra la población resultan imprevisibles e irresistibles para las autoridades públicas.

...No existe, entonces, una omisión por parte del Estado, que pueda constituirse en causa del hecho, por no haber impedido la acción de la delincuencia. Tampoco se presenta un riesgo concreto y excepcional que afecte a un grupo específico de ciudadanos, creado por la misma administración."

Se reitera en sentencia de seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005), Exp.: 41001-23-31-000-2001-00948-01 (Acción de Grupo), con Ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, lo expuesto adecuadamente en la sentencia anterior de sentencia de (23) de Octubre de dos mil tres (2003). En este proveído se reconoce efectivamente la responsabilidad estatal por configuración de riesgo excepcional así:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque¹⁵⁴.

También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Ha dicho la Sala:

“En otros eventos..., la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp: 5417; 21 de marzo de 1991, exp: 5595; 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038; 29 de marzo de 1996, exp: 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949 y 11 de julio de 1996, exp: 10.822, entre otras.

¹⁵⁵ Sentencia del 10 de agosto de 2000, exp: 11.518. En el mismo sentido, sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 11.834.

Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido directamente, contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal¹⁵⁶.

Por lo tanto, se ha considerado que no le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros cuando éstos son dirigidos indiscriminadamente contra la población, con el fin de sembrar pánico y desconcierto social, y no contra un objetivo estatal específico, bien o persona, claramente identificable como objetivo para los grupos al margen de la ley.

"Si el atentado es indiscriminado, no es selectivo, y tiene como fin sembrar pánico y desconcierto social como una forma de expresión, por sus propias características cierra las puertas a una posible responsabilidad Estatal ya que es un acto sorpresivo en el tiempo y en el espacio, planeado y ejecutado sigilosamente, y por lo mismo, en principio imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública y como ya se ha dicho, los deberes del Estado, que son irrenunciables y obligatorios, no significan que sea por principio omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia"¹⁵⁷.

En síntesis, mayoritariamente la Sala reitera su posición de que los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno, le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal con el fin de cumplir su función de garantizar la vida e integridad de las personas y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal¹⁵⁸

En el sub exámine, está demostrado que las FARC atacó la estación de policía del municipio de Algeciras, Huila, y que el ataque fue repelido violentamente por los

¹⁵⁶ Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577.

¹⁵⁷ Sentencia de 27 de enero 2000, exp: 8490, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. En igual sentido, sentencia del 3 de noviembre de 1994, exp: 7310 y del 15 de marzo de 1996, exp: 903427 de 28 de abril de 1994, exp: 7733 y contra el Grupo Radical Colombiano, sentencia del 17 de junio de 1973, exp: 7533 noviembre de 2003, exp: 14.220, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y de 10 de agosto de 2000, Exp. 11.585, C.P. , de 21 de febrero de 2002, exp: 13.661, C.P. y de 20 de mayo de 2004, exp: 14.405, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Entre otras, sentencias del 13 de mayo de 1996, exp: 10.627 y 5 de septiembre de 1996, exp: 10.461.

¹⁵⁸ Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577.

agentes que se hallaban en dicha estación, con ayuda de la Fuerza Aérea. Así quedó acreditado...”

Nuevamente, en sentencia de veintiocho (28) de junio de dos mil seis (2006), 05001-23-31-000-1995-00196-01(16630), la Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, reitera la posición que aparece como mayoritaria frente a los actos terroristas. Así:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque¹⁵⁹.

También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Ha dicho la Sala:

“En otros eventos..., la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a

¹⁵⁹ Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp: 5417; 21 de marzo de 1991, exp: 5595; 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038; 29 de marzo de 1996, exp: 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949 y 11 de julio de 1996, exp: 10.822, entre otras.

las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado"¹⁶⁰.

Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal¹⁶¹.

Por lo tanto, se ha considerado que no le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros cuando éstos son dirigidos indiscriminadamente contra la población, con el fin de sembrar pánico y desconcierto social, y no contra un objetivo estatal específico, bien o persona, claramente identificable como objetivo para los grupos al margen de la ley.

"Si el atentado es indiscriminado, no es selectivo, y tiene como fin sembrar pánico y desconcierto social como una forma de expresión, por sus propias características cierra las puertas a una posible responsabilidad Estatal ya que es un acto sorpresivo en el tiempo y en el espacio, planeado y ejecutado sigilosamente, y por lo mismo, en principio imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública y como ya se ha dicho, los deberes del Estado, que son irrenunciables y obligatorios, no significan que sea por principio omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia"¹⁶².

En síntesis, mayoritariamente la Sala reitera su posición de que los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno, le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal con el fin de cumplir su función de garantizar la vida e integridad de las personas y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal¹⁶³.

4. En el *sub exámine*, el daño es imputable al Estado, no a título de falla del servicio porque no aparece demostrada en el expediente la omisión atribuida a las autoridades de policía, pero sí a título de riesgo excepcional, porque el ataque estuvo dirigido contra el comando de la Policía..."

¹⁶⁰ Sentencia del 10 de agosto de 2000, exp: 11.518. En el mismo sentido, sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 11.834.

¹⁶¹ Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577.

¹⁶² Sentencia de 27 de enero 2000, exp: 8490. En igual sentido, sentencias de 3 de noviembre de 1994, exp: 7310; 15 de marzo de 1996, exp: 9034; 28 de abril de 1994, exp: 7733; 17 de junio de 1973, exp: 7533; 10 de agosto de 2000, exp. 11.585; 21 de febrero de 2002, exp: 13.661, 20 de mayo de 2004, exp: 14.405; de 13 de mayo de 1996, exp: 10.627 y 5 de septiembre de 1996, exp: 10.461, entre otras.

¹⁶³ Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577

Posteriormente, en sentencia de treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), 05001-23-31-000-1997-01441-01(24802), el Consejero Ponente Enrique Gil Botero, aparte de reiterar lo venía siendo la posición mayoritaria del Consejo de Estado, plantea que el título de daño especial es un régimen que aparece como subsidiario a los regímenes de falla del servicio y riesgo excepcional –en los atentados terroristas-, garantizándose con ello la realización de los postulados iusprincipalistas que imponen el deber de responsabilidad en cabeza del estado dentro de los postulados del Estado Social de derecho, la sentencia después de un acucioso análisis probatorio, absuelve al estado de responsabilidad confirmando lo resuelto por el *ad quo*, advirtiendo que no se puede configurar el riesgo excepcional, pues es lo cierto que todo condujo a confirmar la causa extraña consistente en el hecho de un tercero. Vale la pena en este caso traer a colación con mayor extensión el texto jurisprudencial para poder apreciar el tan interesante sentido del fallo, que se trae aquí:

“La responsabilidad del Estado por actos terroristas, ha sido estructurada por la jurisprudencia de esta Corporación, bajo los regímenes de responsabilidad o títulos de imputación jurídica, de la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional. En efecto, sobre el particular se ha dicho¹⁶⁴:

“1. Que haya mediado una falla del servicio, bien porque funcionarios públicos participaron directamente en la comisión del hecho; porque la víctima, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y ésta no se le brindó, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible.

“Bajo este título se accedió a las pretensiones de los demandantes en casos como la toma del Palacio de Justicia (Entre otras, sentencias de la Sala Plena del 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección del 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038 y 29 de marzo de 1996, exp: 10.920.); el homicidio cometido contra integrantes de una comisión de la Rama Judicial por paramilitares, con la complicidad de miembros activos del Ejército (Este caso es conocido como "la masacre de la Rochela". Sentencias del 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587 y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949); la muerte de un guardián de un centro penitenciario como consecuencia de un ataque guerrillero (Este caso ocurrió en el municipio de Cañas Gordas, Antioquia. Sentencia del 11 de julio de 1996, exp: 10.822), y por la destrucción de vehículos de servicio público (Entre otras, sentencias del 11 de diciembre de 1990, exp: 5417 y del 21 de marzo de 1991, exp: 5595).

¹⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2002. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

"Por considerar que no se configuró la falla del servicio, pues no intervino ningún funcionario en su comisión; el hecho no era previsible por no haberse pedido la protección o porque ninguna circunstancia especial permitía prever su realización o bien porque a pesar de ser previsible, el hecho era irresistible para el Estado, teniendo en cuenta los medios reales de los que disponía, la Sección ha negado las pretensiones presentadas contra el Estado en eventos como la destrucción de vehículos de servicio público (Entre otras, sentencias del 13 de mayo de 1996, exp: 10.627 y 5 de septiembre de 1996, exp: 10.461); actos terroristas cometidos en la ciudad de Cali a comienzos de la década de los noventa (Ver sentencias del 3 de noviembre de 1994, exp: 7310 y del 15 de marzo de 1996, exp: 9034); actos cometidos contra medios de comunicación (Los actos contra el periódico Vanguardia Liberal, sentencia del 28 de abril de 1994, exp: 7733 y contra el Grupo Radial Colombiano, sentencia del 17 de junio de 1973, exp: 7533) , entre otros." (Entre paréntesis y cursivas las citas originales del texto)

Igualmente, la Sala ha admitido que en los casos de atentados terroristas, es posible imputar los daños al Estado a título de daño especial. Veamos:

"Por consiguiente, en cuanto el acto terrorista se dirige contra la sociedad en su conjunto, pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga. En efecto, la solidaridad fundamentaría la atribución de esos daños al Estado:

'La solidaridad impone el deber de reparar, el fin reside en no dejar a la víctima desprotegida ante un daño injusto, que no tenga el deber de soportar; de allí que se produzca la ampliación de los factores de atribución de responsabilidad, hasta avanzar más allá de la noción de culpa, antes la frontera en la que se detenía el resarcimiento¹⁶⁵.

'Se ha producido una socialización de los riesgos y de la incidencia de los daños, hasta alcanzar a dañadores que con la concepción tradicional no hubieran respondido.

'También la solidaridad justifica distribuir entre los diversos miembros de una sociedad, el peso resarcitorio del daño, cuando ha sido causado en ocasión de un perjuicio público, brindado en interés común¹⁶⁶, como sería el daño sufrido por

¹⁶⁵ LÓPEZ MESA, Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. "¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?". En Revista de Derecho Administrativo, cit, Año 10, N° 27/29, pp. 437 y ss; ídem, Curso, cit., T III, p. 67; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 85.

¹⁶⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 86; CSJN, 27/2/97, "Compañía Swift de La Plata c. Estado nacional", Ley 1998-D-128; ídem, 21/3/95, "Rebesco, Luis M. c. Estado nacional-Policía Federal-", ED, 166-377; Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 16/9/97, "Carranza, Julia A. y otros c. municipalidad de Buenos Aires", La Ley, 1999-C-794, J. Agrup., caso 13.935.

un vecino o transeúnte, a consecuencia de una bala pérdida disparada por la policía persiguiendo a unos ladrones¹⁶⁷¹⁶⁸.

"(...) Por lo que queda expuesto, instrumentalizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso, implica la realización de un análisis que acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de éste, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.

"La teoría del daño especial es conveniente, no sólo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipialista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. Sin descartar desde luego, que en algunos eventos de actos terroristas, podrán aplicarse los otros regimenes de responsabilidad -falla del servicio y riesgo excepcional-, si las facticidades que se juzgan así lo reclaman, pues se itera, la teoría del daño especial es subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encuentran tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se aludió."¹⁶⁹

Finalmente, en algunas ocasiones se ha acudido al riesgo excepcional para la atribución de responsabilidad estatal, por actos terroristas, así:

"3. También puede señalarse que la jurisprudencia ha utilizado el régimen de riesgo excepcional para resolver este tipo de eventos, aunque en la motivación de las sentencias no aparece claramente deslindado este criterio de imputación del de daño especial. En estos supuestos ha considerado la Sala que procede la reparación a cargo del Estado, cuando éste a pesar de haber actuado en forma legítima creó un riesgo excepcional. Así por ejemplo, en sentencia del 18 de octubre de 2000 (expediente 11.834), se sostuvo:

¹⁶⁷ La CSJN ha decidido que cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente del perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general – los daños- en el caso, muerte a raíz de los disparos efectuados por un policía durante la persecución de delincuentes – deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad Portu obrar lícito (CSJN, 10/4/01, "C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires", DJ, 2001 -3- 866).

¹⁶⁸ TRIGO REPRESAS Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, pág. 32.

¹⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2011. C.P.: Enrique Gil Botero.

'En efecto, no tiene discusión que los denominados Comandos de Atención Inmediata CAI fueron creados y puestos en funcionamiento por las entidades demandadas en beneficio de la comunidad, especialmente en una época en la cual se habían agudizado los índices de delincuencia e inseguridad ciudadanas, lo cual había generado numerosas reclamaciones en orden a que se tomaran medidas efectivas. Sin embargo, estos mecanismos de servicio policial que fueron distribuidos en diferentes sectores urbanos de Medellín, comenzaron a ser objeto de atentados terroristas, que, en 1992 cobraron la vida de más de 80 miembros de la Policía Nacional y la destrucción de 13 CAI, incluido el del barrio Campo Valdez, de que trata este proceso.

'En consecuencia, los moradores de los sectores aledaños a los CAI, como sucedió con los actores, quedaron expuestos a una situación de peligro de particular gravedad, que excedió notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que se derivan de la prestación de un servicio público.

"Ese desequilibrio de las cargas públicas traducido en el riesgo excepcional a que se sometió a los actores y cuya concreción, es decir, el daño, no están en el deber jurídico de soportar, obliga a su restablecimiento a través de la indemnización'."¹⁷⁰

Analizando el asunto sub exámine, se tiene que el recurrente alega la falla del servicio de la administración, por la omisión en el cumplimiento del deber de vigilancia y protección que el Estado está obligado a prestar para asegurar la vida y seguridad de sus ciudadanos.

La Sala considera desacertada esta afirmación, comoquiera que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, está demostrado que el evento "Yo soy Cartagena" contó con la vigilancia de la Policía Nacional, servicio que se prestó por solicitud del particular organizador del evento. La cantidad de personal destinado a la vigilancia del evento fue razonable, teniendo en cuenta la naturaleza cultural de éste, y que según el informe del DAS, a pesar de que el orden público estaba alterado, no eran previsibles la ocurrencia de atentados como el de la noche del 10 de junio de 1995, en el Parque San Antonio.

Asimismo, en la demanda se sostuvo que la bomba ubicada en la escultura "El Pájaro", tenía una connotación simbólica, pues el ministro de defensa de la época era el hijo de Fernando Botero, autor de la obra. Y el atentado fue una reacción, a manera de mensaje disuasivo, de parte de las bandas narcoterroristas, a quienes el ministro les había declarado "públicamente la guerra."

Sin embargo, la Sala no puede abordar el análisis de este hecho, a la luz del daño especial, para determinar que la escultura del artista Fernando Botero, dada su

¹⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2002. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

relación de parentesco con el ministro de defensa de la época, podía constituir o pudiera ser entendida como un objetivo estatal concreto, toda vez que no existe certeza de que los móviles del atentado hubieran sido esos.

En efecto, la investigación penal adelantada por la Fiscalía Regional no dio cuenta de los autores materiales del hecho, tampoco de los intelectuales. Por tanto, si la investigación penal, que por antonomasia es bien acuciosa, como debe ser, no logró determinar los móviles del atentado, mal podría decirse en este proceso que existe certeza sobre el carácter simbólico de haber colocado el artefacto explosivo en la escultura en "El Pájaro". Si bien, esa posibilidad fue tenida en cuenta por el investigador criminal, habida consideración de la llamada anónima recibida por un periodista de RCN, la versión no pudo ser corroborada, lo que impide tener por cierto lo manifestado en la misma.

En este sentido, la afirmación del demandante, en relación con la posibilidad de que la bomba hubiera sido un mensaje dirigido al ministro de defensa de la época, no pasa de ser eso: una afirmación que no encuentra sustento probatorio suficiente para llevar al juez a la certeza de la existencia del hecho. Por estas razones, no es posible aplicar el título de imputación de daño especial; aunada la inexistencia de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, la decisión que se impone es la de confirmar la sentencia de primera instancia que fue denegatoria de las pretensiones de la demanda, ya que el atentado terrorista del 10 de junio de 1995, en el que murió Lina Marcela Taborda, no es imputable al Estado, constituyéndose en el hecho exclusivo de un tercero que indiscriminadamente atentó contra la población civil."

Por último, tenemos la sentencia de tres (3) de mayo de dos mil trece (2013), Exp.: 07001-23-31-000-2000-00234-01(26763), del Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth, de manera acertada el Consejo de Estado confirma la sentencia del a quo, con base en el régimen del riesgo excepcional y no el de daño especial (advertido en primera instancia), siendo claro que el daño antijurídico fue producto de los actos terroristas dirigidos contra una estación de policía. En este sentido se señaló:

"la cláusula general de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución de 1991¹⁷¹ y cuyo énfasis está en la antijuridicidad del daño y no en la de la actuación de la administración¹⁷², "debe ser entendida como el resultado del proceso histórico de consolidación de los sistemas de responsabilidad estatal"¹⁷³, lo cual implica que el concepto de imputación no pueda ser restringido

¹⁷¹ "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"

¹⁷² Ponencia del constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, citada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, op. cit.

¹⁷³ Id.

a los eventos en los cuales las actuaciones o las omisiones de las autoridades públicas han incidido fácticamente en la causación del daño –concepción subjetiva-, sino que hay que aplicarlo también a todas aquéllas situaciones en las cuales hay razones jurídicas en virtud de las cuales el Estado debe responder, a pesar de no haber influido concretamente en el resultado dañino –concepción objetiva-.

13.5. Este último es precisamente el caso de las tomas guerrilleras a municipios en las cuales han resultado afectadas tanto las instalaciones públicas como los bienes de particulares. En efecto, como lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia citada, precedente con base en el cual se adopta esta decisión, dichos hechos se presentan en el marco del conflicto armado interno para cuya terminación el Estado debe buscar soluciones y, en consecuencia, “se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que, al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas”¹⁷⁴.

13.6. Ahora bien, respecto del título de imputación con base en el cual debe endilgarse la responsabilidad al Estado, tal como se consideró en la decisión ya referida, corresponde al juez determinar el que más se ajuste a las condiciones del caso. En esos términos y dado que, al resolver casos similares al sub examine¹⁷⁵, esta Sala ha estimado que los pobladores del municipio de Cravo Norte, cuyas viviendas se encontraban en las inmediaciones de la estación de policía, atacada en múltiples ocasiones durante los años de 1998, 1999 y 2000, fueron sometidos a un riesgo excepcional, éste es el título con base en el cual debe imputarse la responsabilidad de la Policía Nacional. Al respecto vale la pena recordar lo sostenido por esta Sala:

...la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁷⁶¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Al respecto véanse: Sección Tercera, Subsección B, sentencias de 22 de febrero de 2012, exp. 21456; 21 de marzo de 2012, exp. 23819, 21473, 21946, 23996, 23774, 24450 y 23778 y de 22 de marzo de 2012, exp. 22406, todas con ponencia de la consejera Ruth Stella Correa Palacio y sentencias de 27 de abril de 2012, exp. 24504 y 24505, y de 26 de julio de 2012, exp. 24012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

13.7. Así pues, para la Sala resulta claro que, aun cuando los daños no fueron causados por cuenta de las autoridades públicas, lo cierto es que, producidos en el marco del conflicto armado interno, jurídicamente dichos daños deben serle imputables al Estado y ello con fundamento en el riesgo de naturaleza excepcional al que fueron sometidos los habitantes aledaños a la estación de policía del municipio de Cravo Norte, Arauca.

13.8. En este orden de ideas, el argumento con base en el cual el apoderado de la Policía Nacional apeló la sentencia de primera instancia, esto es, que el a quo se equivocó al considerar como título de imputación el daño especial pues, a su juicio, los ataques fueron indiscriminados, no sólo carece de fundamento fáctico (13.8.1), sino que no tiene la envergadura jurídica suficiente para lograr que se le exonere de responsabilidad pues, en todo caso, los daños sí fueron causados con ocasión del riesgo de carácter excepcional a que fueron sometidas las víctimas (13.8.2 y 13.8.3).

13.8.1. En efecto, tal como está probado en el expediente y como lo señaló el Ministerio Público en el trámite de la primera instancia (supra párr. 9.5 y 9.6), los ataques de la insurgencia de los días 19 de abril y 8 de julio de 1999 fueron dirigidos esencialmente contra la estación de policía del municipio y fue como consecuencia de los mismos que resultaron afectadas las viviendas ubicadas en las inmediaciones, entre ellas, la de propiedad del señor Luciano Cuéllar Torres, donde funcionaba el establecimiento "Comercial Váquiro" cuyo propietario era el señor Regulo Váquiro Buenaventura (supra párr. 9.8).

13.7.2. Adicionalmente, incluso si no es bajo el título de imputación de daño especial, dadas las circunstancias concretas en las cuales se produjeron los perjuicios causados en el sub examine, esto es, i) el hecho de que los ataques tuvieron por objeto la estación de policía que, a todos luces, es representativa del Estado y ii) el riesgo que la presencia de dicha estación implicaba para la vida y bienes de la población civil que se encontraba en los alrededores, habida cuenta que, como está acreditado en el expediente, dicha estación había sido atacada en múltiples oportunidades durante los años 1998 a 2000 y que, además, se encontraba en una zona de interés estratégico para los actores armados, los daños causados deben ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional¹⁷⁸.

13.8.3. Por último, debe la Sala precisar que, si bien no hay pruebas específicas que demuestren que los daños se produjeron como consecuencia de una actividad

¹⁷⁶ [18] Sentencia del 10 de agosto de 2000, exp. 11518, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; en el mismo sentido, sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 11834, C.P. Alier Hernández.

¹⁷⁷ Sentencia de 22 de febrero de 2012, exp. 21456, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷⁸ A propósito del riesgo de naturaleza excepcional como título de imputación en el caso de los daños causados por ataques de la insurgencia ver Subsección B, sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 18472, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

legítima de defensa del Estado, dado que la imputación de responsabilidad se produce no en virtud de su intervención fáctica en los hechos dañinos, sino con fundamento en los principios constitucionales que lo obligan a proteger a las víctimas cuando han sido sometidas a un riesgo de naturaleza excepcional, como ocurre en el sub examine, no se puede tener como configurada la causal exonerativa de responsabilidad alegada por las entidades demandadas y consistente en el hecho de terceros.

5. PRINCIPIOS O FACTORES INFUYENTES EN LA APLICACIÓN DEL TÍTULO DE RIESGO EXCEPCIONAL.

5.1. PRINCIPIO DE IURA NOVIT CURIA Y EL NO PRIVILEGIO DE NINGUN REGIMEN DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.

Tal como lo planteo el Consejo de Estado¹⁷⁹ "En virtud del principio iura novit curia le corresponde al juez aplicar el régimen jurídico pertinente. En efecto, tratándose de acciones resarcitorias- indemnizatorias, el juez puede de acuerdo con el referido principio y partiendo de los hechos demostrados descartar el título jurídico invocado por los actores y aplicar el respectivo. La jurisprudencia del Consejo de Estado, en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha concluido en varias oportunidades que cuando no se juzga la legalidad de los actos administrativos, "sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante".

Posteriormente el Consejo de Estado¹⁸⁰ dijo: "Hechas las precisiones que anteceden y dado el enfoque que el actor le imprimió a la causa pretendi, se procederá a determinar, en primer lugar, si en el caso concreto, el daño se produjo como consecuencia de una falla del servicio de la entidad demandada. De no ser así, en aplicación del principio iura novit curia, se entrará a establecer si el daño es imputable a la entidad demandada a título de riesgo excepcional, o si produjo como consecuencia de una causa extraña a la actividad que ésta ejercía al momento de su ocurrencia.

¹⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de diez (10) de julio de dos mil tres (2003), exp.: 76001-23-31-000-1994-9874-01 (14083), M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007) exp.: 15001-23-31-000-1994-04691-01 (15494), M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En los eventos en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.

“La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren”.¹⁸¹

Criterio que fue acogido por la Sala Plena de la Corporación al señalar:

“3. los hechos son la causa petendi de la demanda, en cuarto configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones y por eso, desde el punto de vista procesal, su afirmación constituye un acto jurídico que tiene la trascendencia y alcance de definir los términos de la controversia y por lo tanto el alcance de la sentencia, y deben ser objeto del debate durante el proceso, para que si al final se encuentran debidamente probados puedan prosperar las peticiones de la demanda, ya que respecto de ellos debe pronunciarse el juzgador, en perfecta congruencia. (Artículo 170 C.C.A.).

“4. Los fundamentos de derecho, por su parte están constituidos por las normas jurídicas en las que cree el demandante encontrar el fundamento de sus pretensiones y respecto de ellos es posible, como principio general, que el juez pueda interpretarlos o adecuarlos al caso en estudio; por eso se afirma que el juez debe “aplicar el derecho” cualquier que sea la norma que lo contenga, haya sido o no citada o alegada por la parte y sin necesidad de probarla toda vez que no constituyen su causa petendi y no inciden en el principio de la congruencia de la sentencia.

“Lo anterior es lo que se conoce como el principio *iura novit curia* y que en otros términos se define con la afirmación del juez “*Dadme los hechos que yo te daré el derecho*” (*Da mihi factum, dado tibi ius*) resulta válido en los procesos civiles, laborales o penales, pero no en los juicios contencioso administrativos, en los que se juzgan actos administrativos, respecto de los cuales la ley expresamente establece la exigencia de que en la demanda se precisen las normas que se consideran violadas, definiendo así el alcance de la controversia propuesta a consideración del juzgador.

¹⁸¹ Sentencia de 20 de febrero 1989, exp. 4655.

"Tratándose de juzgar actuaciones administrativas y su selección al ordenamiento jurídico preestablecido, tiene fundamento la anterior exigencia en cuanto se trata de establecer por el juez, la juridicidad de la actuación administrativa, mediante su confrontación con la norma superior invocada como violada, situación completamente diferente a la que se dirime en los procesos entre particulares en los cuales se discute un derecho, también particular, que bien puede surgir de la norma citada por el demandante o de otra, que también debe aplicar el juez corrigiéndole, si fuere el caso, los términos jurídicos a la demanda, pero siempre sin modificar su causa petendi que la constituyen los hechos enunciados por el accionante.

"La anterior distinción tiene su consagración expresa en el Código Contencioso Administrativo al exigir la precisión de las normas jurídicas que se consideran violadas y el concepto de su violación, sobre lo cual debe pronunciarse el juzgador para establecer la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa juzgada; y ha permitido a la jurisprudencia y a la doctrina afirmar que la justicia administrativa es rogada, característica que a juicio de la Sala no desconoce el principio, hoy consagrado con rango constitucional, de primacía de lo sustancial frente a lo puramente procesal, toda vez que si se trata de un juicio de legalidad, las normas violadas y el concepto de su violación constituye un aspecto sustancial de la controversia.

"De acuerdo con lo anterior, la Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio iura novit curia, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante.

"En las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado, materia en la cual, si bien existen algunas normas generales consagradas en la legislación positiva, aplicables que pueden ser invocadas en la demanda, tales como el artículo 90 de la Constitución Nacional, que de manera abstracta sirve de fundamento jurídico a la responsabilidad del Estado, lo cierto es que no existe un régimen legal positivo que regule de una manera precisa y detallada dicho tema, lo que hace que el juez pueda encontrar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda, pero sin que pueda modificar la causa petendi de la misma, que como ya se precisó la constituyen los hechos mismos en que se fundamenta.

"De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio iura novit curia, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la

pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son los precisados por el actor, y no otros.

Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les pueda dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto con nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar "los hechos en que se funda la controversia"¹⁸².

Por ultimo tenemos que en la actualidad en virtud del referido principio, se está planteando una tendencia del no privilegio de ningún régimen de responsabilidad, en esta dirección ha dicho el Consejo de Estado¹⁸³:

"es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, 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 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.

¹⁸² Sentencia de 14 de febrero de 1995, exp. S-123.

¹⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013), exp. 07001-23-31-000-2001-01345-02(28711), C.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero.

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, tal y como se explicó previamente en esta sentencia¹⁸⁴.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tengan que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto– válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.”¹⁸⁵

5.2. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL TÍTULO OBJETIVO DE RIESGO EXCEPCIONAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

A manera de concientización de la importancia de la aplicación del título de riesgo excepcional en la responsabilidad del Estado, es conveniente, traer a colación la tragedia de Sófocles, Antígona, expuesta por Enrique Gil Botero, en su obra Temas De Responsabilidad Extracontractual del Estado (págs. 20-23) así:

“En la trama de Edipo, una vez éste da muerte a su padre Layo, sin saber que lo era, ingresa a la ciudad de Tebas donde descifra el enigma de la esfinge¹⁸⁶, desposa a su madre Yocasta, con quien tiene dos varones y dos hembras. Luego ocurre el desenlace trágico¹⁸⁷, donde Yocasta se ahorca y Edipo se enuclea los ojos y abandona la ciudad de Tebas; sus dos hijos varones que quedan al frente de la misma, establecen un acuerdo donde reinarán alternativamente un año cada uno, inicia el ciclo el menor, Etéocles, y al cabo del año se niega a entregarle el trono a

¹⁸⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hemán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hemán Andrade Rincón.

¹⁸⁵ Sobre el no privilegio de ningún régimen de imputación de responsabilidad véase la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219 y 23219.

¹⁸⁶ La esfinge era la devoradora de hombres cuyo enigma consistía en adivinar cuál era el animal que de pequeño caminaba en cuatro soportes, luego en dos y finalmente en tres, cosa aparentemente sencilla y que descifra Edipo, ante lo cual la esfinge se suicida.

¹⁸⁷ Al consultar el oráculo, a Edipo rey se le señala que debe buscar al asesino de Layo, ante lo cual el adivino Tiresias ciego y hermafrodita le revela la verdad, en cuanto a que él era quien había matado a su padre y había desposado a su madre.

su hermano Polinices quien decide levantarse en armas para exigir el cumplimiento del pacto, la lucha termina con un enfrentamiento entre los dos, donde finalmente fallecen. Creonte el hermano de Yocasta asume el trono y ordena dar sepultura con honores a Etéocles y dejar insepulto a Polinices. Entra en escena Antígona, también hija de Yocasta, y es aquí cuando la figura de ésta emerge fulgurante y diametralmente opuesta a la posición socrática, quien acepta las leyes de la polis aun siendo injustas, por el contrario, la heroína enseña, entroniza e impone que la justicia se halla por encima del derecho positivo al hacer todo lo necesario para dar sepultura a su hermano: "El talante de Antígona, portavoz de la verdad frente al poder, diseña otras cuestiones iusfilosóficas de gran importancia, como son la pugna entre el hoy llamado derecho positivo el hoy llamado derecho positivo y la justicia, la lucha entre el mandato de la conciencia moral fundada en intereses culturales y el de la autoridad pública sustentada en la voluntad de poder¹⁸⁸.

En la tragedia de Sófocles, cuando Creonte interroga a su sobrina Antígona, sobre sí conocía el decreto que prohibía dar sepultura a su hermano Polinices, irrumpe el momento estelar del dialogo para exaltar, como ya se dijo, el derecho natural, la justicia, el orden natural de las cosas, los deberes de conciencia y la dignidad como el desiderátum de ese derecho. Antígona responde a la pregunta del rey, así:

- Lo conocía. ¿Cómo no saberlo? Era bien claro.

CREONTE: - Y, a pesar de todo, ¿te atreviste a desobedecer la ley?

ANTÍGONA: - Como que no era Zeus quien la había promulgado; ni tampoco era Diké - la compañera de los dioses infernales - la que impuso a los hombres leyes semejantes; no creí yo que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. No iba yo a enfrentar la justicia de los dioses, por temor al castigo de ningún hombre. Sabía que tenía que morir, ¿cómo no?, aunque tú no lo hubieses pregonado. Y si muero antes de tiempo, creo que es una ventaja para mí, porque quien como yo vive en medio de tantas desgracias, ¿cómo no va a obtener ventaja con la muerte? Así que para mí no es pena ninguna el alcanzar muerte violenta; pero lo sería si hubiese tolerado que quedase insepulto el cadáver de mi difunto hermano; eso sí que lo hubiera sentido; eso sí que lo hubiera sentido; esto no me affige. Y si ahora te parece que estoy loca por lo que he hecho, puedo decir que es a un loco que doy cuenta de mi locura¹⁸⁹.

Se da en Antígona un deber ser vinculante con un con un contenido material que minimiza el cumplimiento de la ley, por ser aquella inicua y por ir contra la esencia misma del hombre: su dignidad. Es por ello que: "Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que

¹⁸⁸ ORTIZ RIVAS, Ob.Cit, p.81.

¹⁸⁹ SOFOCLES, Antígona.Buenos Aires: editorial Longseller, 1ª edición, 2001, p.52 y 53

reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si éste no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que derecho. Este contenido material está implícito necesariamente en el axioma supremo del derecho natural, de que hay una obligatoriedad o un deber ser trascendental en la existencia"¹⁹⁰. Antígona es el momento brillante, apoteósico, sublime y vital, es el reconocimiento del hombre como un ser esencialmente de naturaleza ética. Y es por eso que Antígona constituye un baluarte de una fuerza argumental hercúlea en la defensa del derecho natural, no presenta fisura alguna como quiera que sigue los dicta-dos lo naturaleza humana."

Narrado lo anterior, es lo indicado afirmar que la norma debe ser un medio para realizar valores, en este contexto habrá justicia cuando el ius-naturalismo sea la condición requerida para la existencia del ius-positivismo, pues el derecho natural está íntimamente ligado al comportamiento ético, social y racional –en sentido teleológico-, donde los juicios de valoración dependen y surgen de la estructura de la acción ontológica. Es por esta razón que los derechos fundamentales se les tiene como principios, siendo los mismos, punto de partida y llegada.

Resulta claro entonces entender que el artículo 90 de la Constitución, como lo señala Enrique Gil Botero, "no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la carta política por principios y o valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado social de derecho, etc.

Y desde el punto de vista solamente de la dignidad y la igualdad, encontramos que el fundamento de la responsabilidad, en su máximo grado de abstracción, radica en el imperativo categórico Kantiano: obra de tal manera que tu deseo sea el que tu acción se convierte en ley universal. Por ello cada uno es responsable de su acción...

Ese desiderátum de la responsabilidad en el sentido filosófico que implica interrelacionarlo con el derecho, porque de lo contrario, como lo ha enunciado Kant en términos de la antigua fabula, el no hacerlo "es semejante a una cabeza sin cerebro", o en otros términos: jurisprudencia y filosofía no pueden marchar separadas¹⁹¹"

En este sentido, el deber de reparar los daños antijurídicos imputables al Estado, con ocasión a la aplicación del régimen objetivo del riesgo excepcional apunta a determinar lo injusto del daño, esto es que sea antijurídico, precisándose qué dió lugar al mismo, lo que lleva consigo comprobar la imputación –causalidad-, pues ella precede al daño sufrido, de manera independiente al juicio de valoración de su justicia o injusticia, que apunta a determinar si quien padece el daño está en el deber o no de soportarlo. Y es claro en el régimen objetivo que no debe

¹⁹⁰ WELZEL, Op. Cit., p. 252

¹⁹¹ Joaquín Arce Flórez. Ob.Cit.Pag.23

soportarse un daño, así devenga de un actuar legal, cuando no grave razón de derecho alguna para soportarlo, pues la ley no ha determinado la obligación de padecerle. Por lo que cuando se transgreden a las personas bienes jurídicos o intereses legítimos, que debían protegerse, esa vulneración, quebramiento o daño es contrario a derecho; pues el Estado tiene el deber de velar por su defensa.

La Responsabilidad por actos lícitos, supone el desplazamiento de la institución desde el ángulo de la conducta del agente hacia el patrimonio de la víctima, sin que interese la licitud o antijuricidad de la conducta; el sistema se fundamenta sobre el patrimonio como dato objetivo que es, atendiendo a lo contra ius del daño –se antepone entonces, la reparación del daño injustamente sufrido, que el daño injustamente causado-

En virtud de la aplicación de factores objetivos de imputación en la responsabilidad patrimonial, según la Norma Superior, se realizan los fines del Estado Social de Derecho, que actúa como agente de justicia social, bajo el principio de solidaridad, superando la justicia conmutativa y la distributiva, con el fin de perseguir y obtener la justicia social fundamentada en la equidad y el equilibrio de la sociedad.

Gil Botero¹⁹², mencionada señala: "lo dicho para la solidaridad, en la misma línea argumentativa, es predicable para los demás factores de atribución objetivos, los cuales permiten dar una solución a la víctima de un daño injustamente sufrido; así por ejemplo, frente al factor de la equidad, el Consejo de Estado ha dicho: "La EQUIDAD, se enseña, permite a quien debe juzgar el caso, dejar de lado el texto legal o la jurisprudencia misma, para realizar la solución exigida por la naturaleza de las cosas", lo que corrobora el fundamento jurídico - no legal - de los factores de imputación en estos casos, y precisa aún más:

"De aquí se desprende lo acertado de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que lo equitativo es justo "y pertenece por ésta o al ámbito de la justicia, pero no obstante es mejor que una falsa justicia, meramente formal, que por un excesivo legalismo, consagre en el caso concreto una injusticia material. En estos casos, el dejar de lado el texto de la ley es la única forma posible de realizar el imperio de la justicia. No se trata pues, como lo pretende Depotopoulos, de que exista una justicia "formal" y otra "material", sino que en la generalidad de los casos, lo justo que es siempre "material" se logra con la , adecuación a la ley, pero en otros para alcanzarlo, es preciso apartarse del sentido expreso de la misma, buscando la solución justa en la naturaleza de las cosas.(Carlos Ignacio Massini, Sobre el Realismo Jurídico. Abeledo Perrot, pág.86 y ss., subrayas de la Sala)"¹⁹³

¹⁹² Enrique Gil, Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Tercera Edición, Bogotá, Editorial Comlibros, 2006, págs. 52-53.

¹⁹³ Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1992, expediente No. 7122.

6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACION.

Como es sabido esta investigación tuvo como propósito general analizar la aplicación del riesgo excepcional, desarrollado a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a los casos relacionados con la responsabilidad extracontractual de tipo objetiva del Estado.

Lo anterior, se pudo llevar a cabo al establecer la determinación del régimen de responsabilidad extracontractual de tipo objetiva del Estado, que permitió realizar con precisión la distinción entre el título de riesgo excepcional y daño especial, para lo que previamente correspondió abordar de manera introductora lo entendido para la jurisprudencia del Consejo de Estado como Falla del Servicio – como título subjetivo- y los eventos en que hay lugar a ella, todo en razón de ofrecer una visión más precisa a la hora de la comprensión del título objetivo en estudio.

Igualmente al determinarse que a partir de 1984 el Consejo de Estado empieza a dar aplicación al título de riesgo excepcional en la imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, se pudo observar los casos frente a los cuales comienza a perfilarse el concepto, características propias y eximentes de responsabilidad en favor del Estado; además lo anterior permitió la partida del análisis jurisprudencial teniendo como referente los fallos proferidos desde aquel momento hasta nuestro días.

El análisis jurisprudencial, estuvo precedido de la clasificación de los casos –de actividades peligrosas- más relevantes y frecuentemente fallados en el Consejo de Estado, con los que se pudo revisar y comprender la manera como ha venido dicha Corporación administrando justicia, y en este sentido se pudo observar los errores y aciertos jurídicos frente a similares situaciones fácticas y jurídicas en las que se endilga la responsabilidad a título de riesgo excepcional al Estado.

Y finalmente, el análisis jurisprudencial dio lugar a determinar que a lo largo de la resolución de los casos bajo el título investigado existen principios y factores influyentes y determinantes en la aplicación del riesgo, como lo son el iura novit curia, y por otro lado, el relativo al no privilegio de régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, con los que se pudo concretar, el grado de relevancia axiológica y ontológica dentro del Estado social de derecho de la aplicación del título objetivo de riesgo excepcional.

Ahora bien desde el punto de vista interno o propio de la investigación realizada se puede afirmar que los resultados obtenidos son válidos y confiables, toda vez que el método de investigación utilizado, esto es el método hermenéutico –y más precisamente el inductivo-, fue el apropiado y exitoso para el fin perseguido, pues permitió sin problema alguno a esta investigadora tomar una muestra de las decisiones más importantes o transcendentales de la relatoría del Consejo de

Estado en la materia en estudio, a lo largo de los años, teniendo en cuenta el momento de aparición de las primeras sentencias en que se empezó a endilgar bajo éste título, la responsabilidad en cabeza del Estado hasta los proveídos más recientes, realizando una clasificación de las mismas según los eventos comunes de actividad peligrosa abordada frente al título de riesgo excepcional, lo que facilitó el análisis crítico. Lo anterior, se tradujo en el instrumento acertado y suficiente para garantizar la calidad del resultado de esta investigación, no en vano, los doctrinantes Alier Eduardo Hernandez Enriquez y Catalina Franco Gomez¹⁹⁴ y Javier Tamayo Jaramillo¹⁹⁵ partieron del análisis jurisprudencial en materia de imputación de la responsabilidad patrimonial bajo el título de riesgo excepcional.

Entratándose del punto de vista externo de la investigación, se puede afirmar sin dubitación alguna que los resultados obtenidos no le son extraños a la población que ocupo esta investigación, a contrario sensu le son de manera general aplicables al contexto temático jurisprudencial relativo a la aplicación del riesgo excepcional, habida cuenta de que se consiguió obtener a partir de la teoría, clasificación y análisis jurisprudencial unos presupuestos o elementos abstractos para la configuración de la imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, aplicables no solo al título objetivo de riesgo excepcional, sino a los demás títulos de imputación de responsabilidad; así como también se precisó que los eximentes de responsabilidad patrimonial que liberan de responsabilidad al Estado bajo el título objetivo estudiado, o las denominadas doctrinal y jurisprudencialmente causas extrañas, son las mismas que exoneran de responsabilidad extracontractual al Estado bajo cualquier título; por otra parte, y no menos importante se determinaron los principios axiológicos que rigen los postulados constitucionales –comunes a cualquier título– en la imputación de responsabilidad extracontractual Estatal. Así las cosas, la amplitud de los resultados precedentemente mencionados muestran claramente lo servicial de la investigación en el estudio de cualquier otro título de responsabilidad extracontractual del Estado.

Hay que anotar que esta investigación coincide con lo expuesto por los tratadistas ya mencionados Alier Hernandez y Catalina Franco, en cuanto a que se infirió en algunos casos, la existencia de confusión entre los títulos objetivos –de riesgo excepcional y daño especial– en las decisiones judiciales del Consejo de Estado. Y en este sentido, con el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, concuerda esta investigadora en cuanto a que en efecto, tanto el riesgo excepcional como el daño especial pertenecen al régimen objetivo de responsabilidad patrimonial –

¹⁹⁴ En su obra La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico (Const. Pol, Art 90) El Riesgo Excepcional y las actividades peligrosas. Bogotá. Editorial Temis S.A. 1997

¹⁹⁵ En su obra Responsabilidad Extracontractual Del Estado. Análisis De La Jurisprudencia del Consejo de Estado. Editorial Nueva Jurídica. 2007.

pues se materializan en la realización de actividades estatales licitas-, empero sus fundamentos son diferentes, así el daño especial se deriva de la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, sin tratarse por lo general de una actividad peligrosa estatal, mientras en el riesgo excepcional, la actividad que produce el daño que no está en el deber de soportar la víctima es siempre de carácter peligrosa estatal.

Al unísono con Tamayo Jaramillo en esta investigación, se infirió que el honorable Consejo de Estado ha distinguido conceptualmente a la fuerza mayor del caso fortuito –contrario a la jurisdicción ordinaria-, considerando que la fuerza mayor, es causa exterior al demandado de lo que resulta la exoneración de responsabilidad en todos los casos, y por su parte el caso fortuito es causa desconocida pero interior demandado.

Tratándose del error cometido por los Consejeros de Estado al encuadrar bajo el título de riesgo excepcional los conflictos que entrañaren actividades catalogadas como peligrosas per se, analizado así en este trabajo, se llega al punto de confirmar lo precisado por Carlos Mario Molina Betancur¹⁹⁶, en el sentido de que juega un papel determinante la distinción a que debe haber lugar entre el concepto de actividad peligrosa y riesgo excepcional, debido a que el conocimiento de una Litis que entrañe una actividad de tipo peligrosa no es óbice para que ante la misma pueda proceder a imputarse la responsabilidad en materia extracontractual bajo un título diferente al de riesgo excepcional.

Finalmente, con Enrique Gil Botero¹⁹⁷ encaja de manera brillante el desenlace de esta tesis pues se logra ver sin asomo de duda, que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado no debe existir privilegio de régimen o título alguno, sino que se debe aplicar lo plasmado en el artículo 90 Superior, en armonía con el catálogo de derechos fundamentales que abarca el estado social de derecho Colombiano, artículo constitucional que impone con claridad y precisión los presupuestos bajo los cuales se debe examinar y declarar o no, la responsabilidad extracontractual al Estado y consecuentemente establecer el título bajo el cual estriba dicha responsabilidad en el caso de proceder a su declaratoria.

De otro lado, habrá que afirmar conforme a lo expuesto, que la investigación sació la formulación problemática de la misma y que de los resultados no surgió alguna hipótesis como nuevo tema de estudio.

¹⁹⁶ El Concepto De Actividad Peligrosa En El Derecho Administrativo Colombiano. En Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, pp.103-124.

¹⁹⁷ Fundamentos Constitucionales De La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Tercera Edición. Librería Jurídica Comlibros. 2006.

CONCLUSIONES.

En esta investigación se analizó de qué manera aparece, se desarrolla y evoluciona la Jurisprudencia relacionada con la aplicación del régimen de riesgo excepcional por actividades peligrosas, de la Sección Tercera Sala De Lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado Colombiano, pudiéndose observar con claridad un completo concepto, características, presupuestos, y eventos en los que puede surgir la responsabilidad patrimonial del Estado con vistas al título estudiado, como también, las causas extrañas que liberan al Estado de su imputación y consecuente absolución bajo las mismas; reconociéndose en todo, la importancia axiológica de que el constituyente haya contemplado el deber de responder por los daños antijurídicos imputados al Estado, estatuido en el artículo 90 Superior, bajo un fin de realización ontológico, solidario, equitativo y justo dentro del Estado Social de Derecho. Lo anterior permite concluir que:

El régimen extracontractual de responsabilidad del Estado que deviene aplicándose por vía jurisprudencial durante el siglo veinte en el ordenamiento jurídico colombiano, en su momento fundándose en lo consagrado en los artículos 2341 y 23478 del Código Civil, en los artículos 16, 30, 31 y 36 de la Constitución Política de 1886, y que con la Carta Política del 1991 viene a producirse la "constitucionalización" de la responsabilidad del estado erigiéndose como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e intereses, cuya derivación en todo caso se encuentra en la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁹⁸.

Se configura la responsabilidad extracontractual del Estado por materialización del riesgo excepcional cuando una persona, sufre una lesión en su patrimonio o integridad física - que no está en la obligación o deber legal de soportar-, como resultado de la exposición a objetos o actividades de carácter peligroso de las que se sirve legítimamente el Estado como medios para alcanzar los fines propios del mismo.

Por tratarse de un título objetivo de imputación, surge el deber en cabeza del Estado de responder, justamente cuando se prueba que el daño antijurídico (es el irracional en clave de derechos constitucionales reconocidos), le es imputable

¹⁹⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Aspectos De La Acción de Reparación Directa Y Su Despliegue En La Visión Moderna Del Juez Contencioso Administrativo, En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, en Bogota, 2012, Pags. 87-88

al Estado fáctica y jurídicamente (por un lado, propio al debate de relación de causalidad, y del otro lado, del debate indagación de los deberes normativos quebrantados). Una vez probados los presupuestos de responsabilidad objetiva surge la obligación constitucional del Estado frente a la víctima de repararle o indemnizarle.

El Estado solo podrá exonerarse o liberarse de la responsabilidad patrimonial que a título objetivo de riesgo excepcional por actividades peligrosas se le endilgue, demostrando la configuración de una de las causas extrañas o exteriores– como lo son el hecho exclusivo de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero, y, la fuerza mayor, cualquiera de las cuales debe cumplir con los presupuestos de ser imprevisible e irresistible.

Las primeras construcciones jurisprudenciales administrativas se dieron con ocasión a resolver los problemas jurídicos planteados en torno a establecer la responsabilidad extracontractual del Estado por actividades de conducción de redes de energía eléctrica en beneficio de la comunidad –sin falla-, cuando de las mismas actividades en su naturaleza per se peligrosa, se configuraba el riesgo creado con el padecimiento de un daño antijurídico a los bienes o integridad personal, que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar.

Es un hecho cierto que el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas surge como una respuesta jurídica a los riesgos creados por los avances tecnológicos de todos los tiempos, dentro de los que se resaltan las actividades estudiadas de: conducción de redes de energía, de conducción de vehículos, las desarrolladas por los conscriptos, de armas de dotación oficial y ataques terroristas, sin embargo, no corresponden las mismas a un catálogo cerrado y tipológico de actividades peligrosas que crean riesgo, por lo que seguirá correspondiendo al consejo de Estado en su acuciosa revisión determinar los factores que deban tomarse en cuenta para catalogar una actividad como peligrosa, según las exigencias de la misma evolución social.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, pese a los brillantes argumentos filósofos-jurídicos, iusprincipalistas aplicados hasta nuestros días en la consecución de los fines constitucionales perseguidos por el régimen objetivo de la teoría del riesgo excepcional, se ha caído con frecuencia en: A) la mecánica de subsumir en el régimen del riesgo todo asunto que se tratase de actividades peligrosas sin observar que las mismas por sus características se encuentran reguladas, y que el hecho de ser peligrosas no exime la existencia del incumplimiento de los deberes

que regulan las mismas –como pasaba con ocasión a la colisión de vehículos-. B) el privilegio de un régimen de imputación de responsabilidad extracontractual sobre otro, que con mayor fuerza a través de los años cobro el régimen subjetivo de falla del servicio, sea por haber sido considerado el régimen aplicado por excelencia, por haberse invocado por el demandante o por aplicarse en virtud del principio de iura novit curia cuando se empieza a corregir los yerros que la jurisdicción de lo contencioso administrativo había cometido por ejemplo en el caso referido en el literal A)- planteándose al régimen objetivo como subsidiario-. C) la confusión que de lo anterior devino, estudiándose luego del régimen subjetivo, el régimen objetivo, cuando ya se había dado por configurada una causa extraña exonerativa que aplica conforme lo enseñado en cualquiera de los regímenes.

En la actualidad es plausible ver como el Consejo de Estado empieza a referirse nuevamente – como lo hizo en 1993¹⁹⁹ -a la objetivación del deber de responsabilidad patrimonial que le asiste al Estado consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política. Y en esta dirección, empieza hablarse del no privilegio de ningún régimen de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado, afirmándose que se debe partir del orden de análisis de los elementos estructurales de responsabilidad patrimonial, en el cual, lo primero que debe acreditarse es la existencia del daño antijurídico, lo cual es fenoménicamente posible partiendo de la experiencia, como un dato objetivo; y si aparece justo que la víctima haya padecido ese daño? acudiendo al carácter objetivo del daño en sí mismo contemplado en la carta magna, sin relación determinante con la actividad que lo causo, es decir, que sí la víctima que lo sufre está en el deber jurídico de soportarlo –lo que deviene del imperio de la ley- con independencia del actuar legítimo del Estado. Lo segundo que debe acreditarse es, la imputación, que conecta al daño con el sujeto al que le es atribuible el mismo, en la medida en que muta la realidad de la víctima en su patrimonio o en sí misma, y resulta posible achacarla al Estado cuando haya sustento factico (causalidad) y atribución jurídica (quebranto normativo), imputación en la que desde el punto de vista objetivo entra a jugar un papel muy importante el deber de cuidado; luego, entonces puede constituirse la imputación en fundamento de la obligación, es decir a que título se impone la responsabilidad, donde encontraremos los sistemas o regímenes subjetivos y objetivos.

Corolario, se impone afirmar a criterio de esta investigación, que la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal y como se encuentra en su punto actual en lo que concierne a la objetivación de la responsabilidad extracontractual del Estado, se puede concebir como un triunfo del espíritu del sentido jurídico, del deber ser lógico, axiológico y equitativo que garantiza los derechos fundamentales que en sentido y fin ontológico impone el Estado Social de derecho.

¹⁹⁹ Véase las sentencias radicadas bajo expediente número 10948 y 11643

BIBLIOGRAFÍA.

I. LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Bogotá, Edición 31, Legis, 2014.

II. JURISPRUDENCIA.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007, Exp. 16421, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. 16175, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 16980.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 1984, C.P Eduardo Suescún.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sección Tercera, Sentencia del 22 de agosto de 1989, Exp.2846, C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de Octubre de 1999, Exp. 11815, C.P. German Rodriguez Villamizar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 21 de Octubre de 1999, Exp. 11815, C.P. German Rodriguez Villamizar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 11.162, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2007, Exp.: 15635. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de 2002, Exp. 70001-23-31-000-1994-3477-01(13477), C.P. MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp.: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp.: 15001-23-31-000-1994-04691-01(15494), la C.P.: Ruth Stella Correa Palacio

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. En Sentencia de 30 de julio de 2008, Exp.: 25000-23-26-000-1993-00925-01(17066), el C.P.: Ramiro Saavedra Becerra

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp.: 25000-23-26-000-1998-00668-01(19287).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 02 de febrero de 1984, Exp. No. 2744, el C.P.: Eduardo Suescun.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de mayo de 1991, Exp. 6175 el C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. En Sentencia de 12 de diciembre de 1991, Exp. 6345, el C.P.: Daniel Suarez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de junio de 1993, Exp.7872.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 11162, C.P.: Alier Eduardo Hernández

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de junio de 2005, Exp. 15260, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de agosto de 2007, Exp.15635, C.P. Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de julio de 2003, Exp.: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), M.P. María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Exp.:54001-23-31-000-1995-09243-01(19968), C.P.: Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.: 41001-23-31-000-1993-07279-01(19432), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009, Exp. 17957, C.P.: Ruth Estela Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 02 mayo de 2007, Exp.: 20001-23-31-000-1999-00091-01(20585), C.P.: Mauricio Fajardo Gomez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de octubre de siete 2007, Exp.: 27001-23-31-000-1996-02299-01(22655), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009, Exp.: 88001-23-31-000-1994-00010-01(18005), Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de junio de 2010, Exp.: 52001-23-31-000-1998-00267-01(18719), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2004, Exp.: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791), C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de marzo de 2007, Exp.: 23001-23-31-000-2000-08145-01(16341), C.P.: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp.: 05001-23-26-000-1996-01650-01(18349), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de febrero de 2009, Exp.: 05001-23-26-000-1996-00960-01(17318), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp.15187, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp.:50001-23-31-000-1999-04962-01(18562), C.P.: Mauricio Fajardo Gomez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 2011, Exp.: 54001-23-31-000-1996-09313-01(20545), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de cinco (5) de julio de dos mil doce (2012), Exp.: 05001-23-24-000-1995-01282-01(22252), Olga Melida Valle De De La Hoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de ocho 8 de mayo de 2013, Exp.: 25000-23-26-000-1998-01036-01(23016), C.P.: Olga Melida Valle De De La Hoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp.: 85001-23-31-000-1996-00282-01(15445), C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp.: 68001-23-15-000-1995-01420-01(16200), C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Exp.: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp.: 12043, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de octubre de 2000, Exp.: 11834 C.P.: Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 23 de octubre de 2003, Exp.: 25000-23-26-000-1995-00580-01(14211), C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp.: 41001-23-31-000-2001-00948-01(Acción de Grupo), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de junio de 2006, Exp.: 05001-23-31-000-1995-00196-01(16630), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de enero de 2013, Exp.: 05001-23-31-000-1997-01441-01(24802), C.P.: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2013, Exp.: 07001-23-31-000-2000-00234-01(26763), C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de julio de 2003, Exp.: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), C.P. María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2013, Exp. 07001-23-31-000-2001-01345-02(28711), C.P.: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1184 de 2001.

III. DOCTRINA.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico (Const. Pol, Art 90) El Riesgo Excepcional y las actividades peligrosas. Bogotá. Editorial Temis S.A. 1997.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Legis, Bogotá 2007.

CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María (traductor). La Responsabilidad Administrativa (*La responsabilicé administrative*). Editorial Universidad Externado de Colombia (Edition Dalloz), 2001 (1996).

HERNANDEZ HENRIQUEZ, Alier Eduardo y FRANCO GOMEZ, Catalina. Responsabilidad Extracontractual Del Estado. Análisis De La Jurisprudencia del Consejo de Estado. Editorial Nueva Jurídica.2007.

GIL BOTERO, Enrique. Fundamentos Constitucionales De La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Tercera Edición. Librería Jurídica Comlibros. 2006.

IV. RECURSOS ELECTRONICOS.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, El Concepto De Actividad Peligrosa En El Derecho

Administrativo Colombiano. En Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, pp.103-124.

<http://www.redalyc.org/pdf/945/94550906.pdf>

<http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/articulos/1692-2530/2291221/31.pdf>

URIBE GARCIA, Saúl. La Responsabilidad Por Riesgo. Revista Ratio Iuris N° 1 – Universidad Autónoma Latinoamericana De Medellín – Unaula, Facultad De Derecho.

http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=105:responsabilidadporriesgo&catid=10:textosjuridicos

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Aspectos De La Acción de Reparación Directa Y Su Despliegue En La Visión Moderna Del Juez Contencioso Administrativo, En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, en Bogota, 2012.

[file:///C:/Users/Sofia/Downloads/ENSAYO%20ORLANDO%20SANTOFIMIO%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Sofia/Downloads/ENSAYO%20ORLANDO%20SANTOFIMIO%20(2).pdf)