

Tercera edición

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS REGÍMENES

Wilson Ruiz Orejuela

ECOE
EDICIONES

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS REGÍMENES

WILSON RUIZ OREJUELA

TERCERA EDICIÓN

Ruiz Orejuela, Wilson, 1967-

Responsabilidad del estado y sus regímenes / Wilson Ruiz Orejuela. -- 3a ed. -- Bogotá : Ecoe Ediciones, 2016.

464 p. - (Colección ciencias políticas. Derecho).

Incluye bibliografía

ISBN : 978-958-771-307-7 -- 978-958-771-308-4 (e-book)

1. Responsabilidad del estado - Colombia. 2. Responsabilidad extracontractual - Colombia. 3. Responsabilidad civil - Colombia. 4. Responsabilidad médica - Colombia. 5. Responsabilidad administrativa - Colombia. 6. Responsabilidad por el medio ambiente. I. Título II. Serie

CDD: 351 ed. 23



Colección: Ciencias políticas

Área: Derecho

ECOE
EDICIONES

Ciencia y cultura para
América Latina

© Wilson Ruiz Orejuela
ruizwilson1@hotmail.com

© Ecoe Ediciones Ltda.
e-mail: info@ecoeediciones.com
www.ecoeediciones.com
Carrera 19 N.º 63 C 32, Tel.: 248 14 49
Bogotá, Colombia

Primera edición: Bogotá, junio de 2010

Segunda edición: Bogotá, 2013

Tercera edición: Bogotá, enero de 2016

ISBN: 978-958-771-307-7

e-ISBN: 978-958-771-308-4

Dirección editorial: Andrés Delgado
Coordinación editorial: Angélica García
Corrección de estilo: Orlando Riaño
Diagramación: Yolanda Madero
Carátula: Wilson Marulanda
Impresión: Imagen editorial
Calle 34 sur N.º 68 I - 99

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en Colombia - Todos los derechos reservados

CONTENIDO

Introducción	IX
Capítulo 1. Sistemas de imputación de responsabilidad civil extracontractual del Estado	1
1. Falla en el servicio	3
a. Falla por retardo	4
b. Falla por omisión	5
c. Falla por defectuoso funcionamiento de la administración	9
d. Falla probada y reiteración de los títulos de imputación	11
2. Responsabilidad objetiva	12
a. Daño especial	20
b. Riesgo excepcional	23
c. Ocupación de inmuebles	29
d. Acción de <i>in rem verso</i>	34
Capítulo 2. El daño	45
1. Conceptualización	47
Nociones	47
a. Características	48
b. Diferencia entre daño y perjuicio	51
c. Daño Antijurídico	51
d. Principio de reparación integral	57
e. El concepto de víctima en el conflicto armado (Ley 1448 de 2011)	63
2. Tipología del daño	72
2.1 Daños inmateriales	72
a. Daño moral	72
b. Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	78
c. Daño a la salud	82
2.2 Daños materiales	93
a. Daño emergente	94
b. Lucro cesante	96
Capítulo 3. Responsabilidad ambiental	103
a) Conceptualización y régimen legal	105
b) Sanciones	109
c) Responsabilidad estatal	115

Capítulo 4. Responsabilidad médica estatal.....	141
1. Evolución y últimos avances jurisprudenciales de la Responsabilidad médica en Colombia.....	143
2. Responsabilidad obstétrica y por eventos infecciosos.....	152
3. Consentimiento informado	160
4. Cirugía plástica y estética.....	181
Capítulo 5. Responsabilidad del Estado legislador	191
a. Fundamento constitucional y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley: la omisión legislativa de carácter relativa.....	193
b. Supuestos de responsabilidad del Estado legislador.....	198
c. La omisión legislativa relativa como presupuesto de competencia de la Corte Constitucional	200
d. La Corte Constitucional excepcionalmente puede declarar perjuicios en una sentencia que declare la inexequibilidad de una ley.....	206
e. El Criterio del Consejo de Estado con respecto a la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley y actos administrativos	209
Capítulo 6. Responsabilidad del Estado por actos terroristas	225
a. De la responsabilidad objetiva.....	227
b. De la responsabilidad por falla en el servicio	232
c. Criterio de la doctrina	236
d. Criterio reciente de la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	239
Capítulo 7. Responsabilidad del Estado por daños a los conscriptos.....	249
a. Responsabilidad frente a soldados y miembros voluntarios	251
b. Responsabilidad frente a los conscriptos	257
c. La responsabilidad del Estado en el marco del conflicto armado.....	262
Capítulo 8. Responsabilidad del Estado por los daños sufridos por los reclusos.....	267
1. Derechos y deberes de los reclusos	269
a. Prohibición de tortura.....	271
2. Tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad por daños a los reclusos.....	274
Capítulo 9. Responsabilidad del Estado por el No pago de recompensas presidenciales	285
a. Sistema de recompensas	287
b. Tratamiento jurisprudencial	293
Capítulo 10. Responsabilidad del Estado por la administración de justicia	305
a. Error judicial.....	307

b. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia	312
c. Privación injusta de la libertad	318

Capítulo 11. Responsabilidad del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	339
a. Antecedentes.....	339
b. Funciones	340
c. Sistema de casos y peticiones	342
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos	352
a. Antecedentes.....	352
b. Casos fallados por la Corte frente al Estado colombiano	354
c. Alcances de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sistemas de reparación.....	365

Capítulo 12. Eximentes de responsabilidad civil extracontractual del Estado ..

a. Culpa exclusiva de la víctima.....	373
b. Hecho exclusivo y determinante de un tercero	378
c. Fuerza mayor	382

Capítulo 13. Responsabilidad de los servidores públicos

1. Responsabilidad civil de los servidores públicos	389
a. Acción de repetición.....	391
2. Responsabilidad fiscal.....	399
3. Responsabilidad disciplinaria.....	406
4. Responsabilidad política	413

Bibliografía.....

423

INTRODUCCIÓN

En esta nueva edición se continúa con la actualización de los temas de mayor interés sobre responsabilidad civil extracontractual del Estado, abordando los cambios jurisprudenciales en los diferentes títulos de imputación en los regímenes subjetivo y objetivo de mayor consulta.

Importante es el cambio en el sistema de perjuicios inmateriales, a partir de los ocho fallos de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto del 2014, en los cuales se establecieron los criterios para su reparación, reconociendo que estos son de tres tipos: 1) perjuicio moral, 2) daños a bienes constitucionales y convencionales y, 3) daño a la salud —perjuicio fisiológico o biológico—, derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Muy generosa y afortunada es la incorporación de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos cuando se trata de daños a bienes protegidos convencional y constitucionalmente, así como más precisa la incorporación de las distintas afectaciones físicas y psicológicas dentro de la categoría del daño a la salud. Igualmente, se incluye el concepto de víctima del conflicto armado y su importancia bajo los parámetros de la Ley 1448 de 2011. Finalmente, se actualiza la nueva unificación jurisprudencial sobre acrecimiento en materia de lucro cesante.

También se hace énfasis acerca de la llamada «constitucionalización» de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin privilegio de un régimen en particular como se estableció en la jurisprudencia desde la sentencia del 19 de abril de 2012. Especialmente, se da cuenta de los avances en responsabilidad médica obstétrica y por infecciones nosocomiales, ésta última bajo la tesis de una responsabilidad objetiva.

Así mismo, se aporta una abundante jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes y actos administrativos. En cuanto a la primera, el Consejo de Estado enfatizó en que el legislador es sólo constituyente derivado que jamás podrá reemplazar al pueblo soberano, de ahí, que el Estado pueda responder por los daños causados por el hecho de las leyes en los siguientes casos: 1) en el ejercicio de su competencia regulatoria al expedirse una norma ajustada a la Constitución, siempre y cuando quien padece el daño no estaba en la obligación de soportarlo o, 2) cuando la norma es declarada nula o inexecutable según el caso. En cuanto a la responsabilidad por actos administrativos, existe una delgada línea que separa las tesis de la falla en el servicio y del daño especial, pues la premisa para la declaratoria de esta responsabilidad es que el acto haya sido declarado nulo

previamente para derivar una indemnización de perjuicios por vía de reparación directa, sin embargo, la tesis más reiterada por la jurisprudencia ha sido la de falla en el servicio.

Se muestran igualmente, los avances jurisprudenciales en materia de responsabilidad por actos terroristas y frente a los miembros de la fuerza pública, a quienes también se les reconoce como víctimas del conflicto armado pues pese haber aceptado una función pública que implica riesgo, como ciudadanos conservan unos derechos irrenunciables inherentes a su humanidad que son dignos de protección y los convierte en sujetos de reparación, tanto a la luz del derecho interno como del derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes.

Continúan, con plena vigencia, los sistemas de imputación de responsabilidad por la administración de justicia, reiterando la posibilidad de que ésta sea declarada por el error judicial de Altas Cortes, sin que ello comprometa el principio de autonomía de los jueces o la seguridad jurídica, por tratarse de órganos de cierre, ya que la cláusula general de responsabilidad del Estado no guarda ninguna excepción al respecto. En cuanto al defectuoso funcionamiento, se destacan los casos típicos de falla en el servicio por mora o retardo injustificado en los trámites judiciales, advirtiendo la jurisprudencia que en casos de defectuoso funcionamiento, también es fundamental el deber ciudadano de colaborar con la administración de justicia, absteniéndose de comportamientos que afecten el normal desarrollo de los procesos.

Frente a la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado reforzó su tesis de responsabilidad objetiva bajo los siguientes criterios: 1) el régimen objetivo tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política y no en el otrora artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; 2) la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad no requiere de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia; 3) en los casos de exoneración de responsabilidad penal por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, sin sustento en una falla de la Administración de Justicia o alguno de sus agentes, en modo alguno torna más gravosa la situación de los servidores públicos que hubieren intervenido en la actuación; 4) el fundamento en los casos de aplicación del principio de *in dubio pro reo*, corresponde a la presunción constitucional de inocencia; 5) es una obviedad que la detención preventiva comporta la más intensa afectación del principio-derecho-valor de la libertad, de manera que las circunstancias de su limitación deben ser siempre excepcionales; 6) la excepcionalidad es el rasgo distintivo de la privación de la libertad; 7) siendo excepcional la privación legítima de la libertad, resulta irrelevante el proceder del funcionario judicial que decretó la medida privativa de la libertad o si el proceso penal se llevó o no correctamente, pues la responsabilidad del Estado deviene de que el afectado padeció un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar.

Sin embargo, el último de los pronunciamientos advierte que, no en todos los casos, la aplicación del *in dubio pro reo* es condición per sé para condenar al Estado por la privación injusta de la libertad, pues incluso las deficiencias probatorias en la investigación penal no suponen, por sí mismas, que no fue ajustada la medida de privación de la libertad, dependiendo del caso concreto.

Igualmente, no podían dejarse de lado los casos recientes de responsabilidad internacional del Estado colombiano, fallados por la Corte Interamericana de derechos Humanos, como los de Manuel Cepeda Vargas, la Masacre de Santo Domingo, las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica –Operación Génesis– y, el más reciente, el Caso Rodríguez Vera y otros –Desaparecidos del Palacio de Justicia—. Respecto al alcance de sus pronunciamientos se deja claro que los fallos de la Corte IDH son vinculantes y obligatorios sin excepción tanto para la jurisprudencia constitucional como para la lo contencioso administrativo, pues los derechos humanos protegidos por la Convención Americana forman parte de un instrumento internacional incluido en el bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 superior.

Finalmente, se destaca la reciente jurisprudencia sobre eximentes de responsabilidad y la que compromete a los servidores públicos, con especial énfasis en la acción de repetición.

CAPÍTULO I

SISTEMAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

.....

1. Falla en el servicio

Como es bien sabido, la falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado¹. Son entonces acciones u omisiones que se predicán de la administración y que en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado, régimen tradicional en constante evolución, al margen de la responsabilidad objetiva reconocida positivamente en norma superior, consignada en el artículo 90 de la Constitución Política².

Cada una de estas irregularidades tiene unas connotaciones que deben analizarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto.

1 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750), CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ:

«(...) Ahora bien, 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 (...).»

2 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de febrero 24 de 2005, exp. 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170), CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA:

«(...) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.(...)».

a. Falla por retardo

En el caso de *retardo de la administración*, ha reiterado la Sección Tercera del Consejo de Estado que:

Los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo y de cuya concurrencia surge el deber de reparar los daños que se ocasionen, se pueden resumir en los siguientes: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) el incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño. En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio de la administración derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de la administración³.

Con todo, en los eventos de retardo según se anota en la jurisprudencia precedente, «no todo retardo es causante de daño antijurídico» se refiere a que no sólo existen retardos justificados que pueden dar lugar al incumplimiento de las obligaciones del Estado en la oportunidad legal o que normalmente se espera para determinados procedimientos, sino también a que necesariamente deben conjugarse los otros presupuestos de responsabilidad como el nexo causal, porque el daño, finalmente causado, puede no ser proveniente del retardo de la administración.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de junio 4 de 2008, exp. 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721), CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

Es el caso por ejemplo de la retención de unas aeronaves que hizo la autoridad de aduanas para verificar la existencia o no de irregularidades en su importación, el trámite de dicho procedimiento, no sólo superó el término legal sino que además, la entidad competente no demostró causal alguna que justificara el retardo en el caso específico de trámite del caso, generando perjuicios materiales por la mora en los procedimientos de verificación⁴.

b. Falla por omisión

En los casos de *omisión de la administración*, lo que se revela es una absoluta ausencia de acción o de funcionamiento de las agencias o entidades del Estado en el cumplimiento de sus funciones legalmente encomendadas y en detrimento de los asociados, y de esa omisión en la prestación de un servicio o el cumplimiento de una obligación contenida en la ley o en los reglamentos, resulta el daño producto de la negligencia injustificada.

Tal es el caso en que se prendió fuego a un vehículo en la Universidad Nacional, en un lugar donde estudiantes subversivos estaban causando daños; sin embargo, a pesar de que el conductor llamó a la policía y a los bomberos, éstos últimos nada pudieron impedir. En estos casos, la determinación de la falta depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de cómo se hubieren sucedido los hechos; también depende de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, de tal manera podrá deducir si la falla se presentó y si tiene justificación o no, todo dentro de la idea de que «nadie es obligado a lo imposible» ni siquiera el Estado⁵.

4 Ibídem:

«(...) El daño se produjo porque el procedimiento administrativo superó los términos previstos en la ley, toda vez que entre la fecha en que la aeronave fue retenida para constatar posibles irregularidades en su importación y la fecha en que fue efectivamente recuperada por su dueño, transcurrieron 14 meses. Si bien es cierto que esta jurisdicción ha conocido eventos similares, con fundamento en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos por medio de los cuales se suspenden las actividades de vuelo de una aeronave y se dispone su retención, el evento aquí planteado como se evidencia, es distinto y amerita su trámite a través de la acción de reparación directa que ejercitó el actor. Así lo ha entendido la Sala en anteriores oportunidades, al definir pretensiones sustentadas en el deterioro de la nave por el transcurso del tiempo o por el saqueo de que pudo ser objeto durante el período de la inmovilización, una vez que el mismo es advertido por su propietario, cuando se produce la devolución de la misma. Como bien lo explicó el Tribunal, la responsabilidad aquí analizada no se fundamenta en la ilegalidad del acto sino, se reitera, en la dilación presuntamente injustificada del trámite administrativo (...).

5 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de octubre 11 de 1990, exp. 5737, CP: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO:

«(...) Cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión de la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no sólo que se pidió concretamente protección, sino que tal protección no se prestó (...).

Omissiones laxas y omissiones en sentido estricto

La jurisprudencia distingue entre omissiones laxas y omissiones en sentido estricto, refiriéndose las primeras a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado, que de haberse cumplido, pudieron haber evitado un resultado dañoso previsible. Las segundas, se refieren al incumplimiento de un deber legal previamente establecido y que el Estado está en la obligación de ejecutar, resultando de su incumplimiento, igualmente un resultado dañoso⁶.

Son estas actuaciones los eventos típicos en los que se requiere de la acción de los servicios de seguridad del Estado pero no se obtiene una respuesta, como es el caso de una funcionaria de la División Técnica Aduanera de la DIAN quien denunció las graves irregularidades que se estaban presentando al interior de dicha institución, razón por la cual recibió amenazas de muerte y al ponerlas en conocimiento de las autoridades le fue asignado el servicio de escolta; sin embargo, luego de un tiempo y sin que sus circunstancias hubiesen cambiado, le fue retirada la protección. Como las amenazas persistían, insistió ante la Policía Nacional pero no recibió una respuesta efectiva ni la protección requerida. Posteriormente, fue trasladada a otra ciudad para continuar con su trabajo, pero siguió siendo víctima de amenazas por lo que volvió a denunciar dicha situación ante la Fiscalía General de la Nación solicitando otra vez protección para ella y su esposo; y en medio de la inercia de las autoridades fue víctima de un atentado que le causó la muerte.

Por estos hechos fue condenado el Estado por la omisión de las diversas autoridades a las que acudió la víctima. En cuanto a la Policía Nacional, ésta fue exonerada porque se demostró que no recibió solicitud de protección alguna ni se le puso en conocimiento las amenazas que le permitieran evaluar un esquema de seguridad. Sin embargo, la DIAN sí supo de las mismas, incluso, del intento de homicidio de que fue víctima la funcionaria en otra oportunidad y por ello autorizó su traslado para que cumpliera sus funciones en otra ciudad pero esto no fue suficiente, ya que los atentados y la zozobra contra la servidora persistieron, de ahí que aunque dentro de las funciones de la DIAN no estuviera la de protección, no tenía justificación para asumir una actitud pasiva o indiferente a la situación de su empleada, pues las amenazas de muerte tuvieron su origen precisamente en los operativos de inspección de mercancías en la Sociedad Portuaria de Buenaventura, labor propia de sus funciones, es decir, existía un vínculo inescindible entre la función pública y el daño que se le causó, pues quien conoció directamente las circunstancias fue el Director de Aduanas de la DIAN miembro de la Policía Nacional comisionado ante esa entidad, experto en seguridad y conocedor del procedimiento que debía seguirse para proteger a la funcionaria, pero se limitó a ordenar su traslado de ciudad y finalmente se concretó el daño.

6 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de marzo 6 de 2008, exp. 66001-23-31-000-1996-03099-01(14443), CP: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

De modo que por no brindar la orientación y la ayuda necesaria para proteger la vida de la funcionaria, pese haber conocido directamente la situación, se ordenó a la DIAN pagar los perjuicios causados al grupo familiar de la víctima⁷. Así, no puede predicarse la responsabilidad del Estado únicamente desde el punto de vista funcional, esto es, omisión en sentido estricto de un deber legal a cargo de la respectiva entidad, pues al tener conocimiento de una situación y no hacer todo lo que está a su alcance para evitar un daño, esto es, tomando las medidas pertinentes a su capacidad, incluso, convocando a las que considere competentes para resolver la situación, tal omisión genera responsabilidad.

Ahora, más responsabilidad deberá predicarse si se trata de obligaciones en sentido estricto a cuyo cumplimiento se rehúsa la administración en forma injustificada, incluso respecto de sus propios agentes. Es el caso del ataque sufrido por integrantes de la fuerza pública en el municipio de Pajarito —Boyacá—; una vez terminó el enfrentamiento, un Patrullero de la Policía Nacional, junto con otros agentes, recibió la orden del oficial de operaciones para remover los escombros y recoger los elementos y los muebles de la estación de policía que todavía fueran útiles. Encontrándose en dicha labor, el Patrullero recogió un estopín de granada que le explotó y le causó serias lesiones en los ojos y la mano derecha. Se demostró, que el Patrullero lesionado y sus compañeros, carecían de la debida instrucción y entrenamiento técnico para el manejo de explosivos, además, que para dicha labor, existía un grupo antiexplosivos llamado Copes, el cual, en vez de ser enviado para cumplir dicha labor de limpieza se le dejó en otra población donde no era requerida y sin cumplir función alguna. También se comprobó, que los patrulleros carecían de los elementos de seguridad necesarios para el cumplimiento de dicha labor, como equipos de detección de explosivos, herramientas de desactivación, y los trajes de protección corporal requeridos. En este evento se determinó la responsabilidad de la Policía Nacional por su irregular y omisiva conducta frente a la seguridad de sus propios agentes por lo siguiente:

(i) la Policía Nacional tenía o debía tener conocimiento de la presencia de restos explosivos de guerra en el área adyacente a la estación de policía del municipio de Pajarito, pues la experiencia acumulada enseña que los lugares de combate son los que registran municiones sin explotar, minas antipersonales y otros artefactos explosivos; (ii) además de la experiencia, los resultados del operativo de contraguerrilla le permitían a la entidad deducir que en la zona podían encontrarse artefactos explosivos, pues se reportó el uso de cohetes, bombas y granadas por parte de la guerrilla, y la utilización de granadas por parte de la Fuerza Pública; (iii) la Policía Nacional tenía la capacidad de contrarrestar el

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 9 de abril de 2014, exp. 76001-23-31-000-2000-00550-01(29312), CP: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

riesgo generado por la presencia de los municiones sin explotar, pues dispone de un cuerpo especializado en la detección, desactivación manipulación de artefactos explosivos, como lo reconoce en sus informes prestaciones y lo corroboran los testimonios de los patrulleros; (iv) a pesar de tener un conocimiento cierto sobre el riesgo que corrían los uniformados y de contar con posibilidades reales de evitar que dicho riesgo se concretara en un daño, la entidad no hizo nada por precaver cualquier accidente, sino que, por el contrario, envió a un grupo de patrulleros, inexpertos y sin protección alguna, a un área con presencia de explosivos, con lo cual aumentó considerablemente el riesgo inherente al servicio policial; (v) en esa medida, exigir del policía que evitara entrar en contacto con un artefacto explosivo, en una zona con alta presencia de armas abandonadas, resulta desproporcionado, pues si bien el uniformado tiene un deber de precaución, es a la entidad a la que le corresponde crear las condiciones de seguridad necesarias para el cumplimiento normal del servicio, que en este caso consistían en la inspección previa y rigurosa del terreno con los equipos técnicos y el personal especializado previsto para estas situaciones⁸.

En consecuencia, se declaró la responsabilidad de la Policía Nacional por la conducta constitutiva de falla en el servicio, por omisión del deber de protección del personal a su cargo, al no haber hecho la inspección y limpieza del área antes de enviar personal a cumplir funciones para las cuales no estaban entrenados ni portaban la indumentaria y elementos necesarios para la protección de su integridad⁹.

Otro ejemplo, es el deber del Estado en el manejo del espacio aéreo, tal es el caso del avión de servicio privado, que luego de siete minutos de haber despegado desde el aeropuerto El Dorado de Bogotá con destino al aeropuerto alterno de Guaymaral, se precipitó a tierra y colisionó contra una bodega donde operaba un taller de mecánica quedando destruido en gran parte. Se pudo establecer, que si bien el despegue fue autorizado por los funcionarios de la torre de control de El Dorado, la aeronave inició su trayecto sin contar con un plan de vuelo debidamente registrado ante las autoridades aeronáuticas, hecho que generó reproche disciplinario respecto de la conducta de algunos funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en el entendido de que si no existía plan de vuelo, entonces no debería haberse permitido el despegue de la nave siniestrada.

También se demostró que el avión no sufrió desperfecto mecánico pero los tripulantes no estaban capacitados para el comando de ese tipo de aeronave. Si bien se determinó, que el accidente tiene nexo causal con los errores cometidos por los

8 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 15001-23-31-000-1998-01030-01(36164) CP: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO.

9 *Ibíd.*

pilotos del avión y el hecho de que el dueño de la aeronave cedió el mando de la misma a una tripulación no calificada, lo cierto es que ello no exime de responsabilidad a la demandada por el hecho de un tercero, toda vez que este no fue exclusivo sino concomitante con las omisiones de los controladores aéreos del aeropuerto El Dorado, adscritos a la Aerocivil. De ahí que si en la ocurrencia de un accidente aéreo pueden estar comprometidas las conductas de particulares dedicados a la explotación comercial o privada de aeronaves y de los funcionarios encargados de las labores de control y supervisión de la administración aeronáutica sobre dichas actividades, el régimen de responsabilidad aplicable para juzgar la responsabilidad del particular es el objetivo de conformidad con las normas del Código de Comercio; sin embargo, la del Estado debe juzgarse bajo la óptica de la falla del servicio.

En este caso se concluyó, que la Aeronáutica Civil, por intermedio de sus controladores aéreos, incurrió en una flagrante falla del servicio al no aplicar las normas de seguridad aeronáutica, relativas a la necesaria presentación del plan de vuelo como condición previa *sine qua non* para autorizar el despegue de cualquier avión en forma reglamentaria. No tuvo justificación que la aeronave hubiera despegado en esas circunstancias, es decir, sin cumplir con ese requisito de seguridad¹⁰.

c. Falla por defectuoso funcionamiento de la administración

Frente al *defectuoso funcionamiento*, éste se refiere a todas las fallas o irregularidades que provoca la prestación de un mal servicio a cargo de la administración, como es el caso de la retención de un vehículo por parte de funcionarios de la DIAN bajo el argumento de que carecía de documentos de propiedad originales y era de dudosa procedencia, según lo suscribieron en el acta de retención. La propietaria inició los trámites para recuperar el automotor, sin embargo, la DIAN tardó 45 meses para resolver la situación del vehículo causándole perjuicios económicos. Si bien, se demostró que por múltiples inconvenientes ajenos a la administración y a la complejidad del caso la tardanza fue justificada, lo cierto es que mientras el vehículo estuvo bajo custodia de la DIAN, el automotor fue desvalijado y las partes no removidas sufrieron gran deterioro debido a la humedad, circunstancias de las que se dejó constancia en el inventario físico elaborado por el depositario en presencia de funcionarios de la entidad, de donde se dedujo la responsabilidad patrimonial de la misma¹¹.

También se presenta en procedimientos médicos, como el de quien fue infectada con el virus del VIH como consecuencia de una transfusión sanguínea durante

10 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, Sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 25000-23-26-000-1997-14961-01(28373), CP: DANILO ROJAS BETANCOURTH.

11 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 25000-23-26-000-1995-01116-01(23039), CP: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

una intervención quirúrgica, situación originada en que la paciente ingresó a la institución hospitalaria con varias heridas por arma de fuego y perdió por mucha sangre, por lo que debió ser sometida a varias intervenciones. Durante su atención fueron ordenadas 5 unidades de sangre, 3 de las cuales no fueron sometidas a ningún análisis previo a su suministro, sólo con posterioridad a la transfusión se le hicieron las pruebas de *Elisa* y *Westerblood* con las cuales se estableció que había sido contagiada. Con ello se descartó que la causa proviniera de la misma paciente porque presentara antecedentes de enfermedades infectocontagiosas o factores de riesgo asociados al VIH. De lo que sí hubo certeza es que el hospital demandado no realizó de forma previa a la transfusión de sangre, las pruebas o análisis correspondientes a la detección de enfermedades como el VIH, hepatitis B, entre otras; así se evidenció el negligente comportamiento del ente hospitalario por el descuido de realizar los análisis clínicos a algunas de las unidades de sangre suministradas a la paciente, de modo que pese a haberle salvado la vida luego de su motivo de consulta, por esta defectuosa prestación del servicio resultó infectada con el virus de inmunodeficiencia adquirida¹².

Esta modalidad de falla en el servicio también puede coincidir con la comisión de delitos por parte de sus agentes, como en el caso de una niña que al ingresar a una estación de policía a buscar a su padre, miembro de esa institución, fue brutalmente violada y asesinada en uno de los baños dentro de las instalaciones por un agente en servicio activo. La Policía Nacional fue condenada por el actuar completamente delictivo y antisocial de uno de sus miembros quien se aprovechó de la confianza que depositó en él una niña de 9 años, generada por su calidad de agente del Estado y, con la excusa de llevarla con su padre la llevó al tercer piso de la estación donde desarrolló las conductas punibles por las que fue condenado a 45 años de prisión.

En este caso, resultó completamente reprochable y sin justificación, que se hubieren cometidos actos criminales sobre la integridad y la vida de una menor no pudiendo limitarse a la esfera personal del delincuente para trascender al ámbito institucional, pues el agresor era miembro de la Policía Nacional y se encontraba en servicio cuando cometió los hechos, aprovechándose de tal calidad, hallándose un vínculo inescindible entre el servicio y las reprochables conductas comprometiéndose la responsabilidad de la institución que además, falló en el servicio por no observar la seguridad y protección debida a las personas que ingresaban a la aludida estación de policía. La jurisprudencia recordó, que:

para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a

12 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 25000-23-26-000-2003-01881-01(38738), CP: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer “si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público”.

Ello, en atención a que la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, instituida 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 fines esenciales del Estado. Igualmente, para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades y la convivencia en paz. De esta manera, cuando la víctima confió en el agente de policía en servicio:

la institución demandada incurrió en falla en el servicio, pues, contrario a su deber primordial de protección a todos los habitantes de Colombia, permitió que al interior de sus instalaciones un miembro de dicha fuerza pública y en pleno servicio, quebrantara la vida e integridad personal de una menor de edad¹³.

d. Falla probada y reiteración de los títulos de imputación

La *falla probada* es el tradicional régimen de responsabilidad en el que deben demostrarse por la parte interesada todos los elementos que la configuran, como son la falla o falta, el daño y el nexo causal.

Con la unificación de la jurisprudencia administrativa en las sentencias de 19 de abril de 2012 y de 23 de agosto de 2012¹⁴, se acentuó el pensamiento de que con la Carta Política de 1991 se produjo la «constitucionalización» de la responsabilidad del Estado, al erigirse como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin discriminación o excepción alguna, pues la indemnización de los daños que produce la administración restablecen el equilibrio entre poder y ciudadanía, entre ley y autoridad. Tal como lo predica el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado se basa en la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la entidad pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber legal.

13 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 15 de febrero de 2012, exp. 25000-23-26-000-1997-04813-01 (20880), CP: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ.

14 Consejo de Estado Sección Tercera, fallos de unificación del 19 de abril y 23 de agosto de 2012, expedientes 21.515 y 23.219 respectivamente.

En cuanto a la imputación, tanto fáctica como jurídica, nuestro máximo Tribunal insiste en los títulos ya consolidados por la jurisprudencia –falla o falta en la prestación del servicio: simple, presunta y probada; daño especial: desequilibrio de las cargas públicas; daño anormal; riesgo excepcional–. De ahí que en cada juicio, el fallador debe valorar, en principio, si cuando se atribuye un daño a la administración éste se debe al desconocimiento de deberes normativos, lo cual encuadraría en el régimen general de la falla en el servicio probada o, en su defecto, se trata de un desequilibrio de las cargas públicas –daño especial– o si ocurrió producto de una situación de riesgo excepcional. En todo caso, ya la Sala Plena en los mentados fallos de unificación ha señalado que:

en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación¹⁵.

2. Responsabilidad objetiva

Existe una errada consideración acerca de que la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado surge a partir de la aplicación del artículo 90 de la constitución de 1991, pues la jurisprudencia anterior a dicha constitución nos enseña lo contrario.

Así, encontramos la sentencia de 29 de julio de 1947 del Consejo de Estado¹⁶, en la que se analizó el caso del periódico El Siglo S.A., que demandó al Estado Colombiano por la clausura y suspensión de ese periódico, lo que impidió que se imprimiera y circulara entre julio y de agosto de 1944.

En medio de la alterada situación de orden público que vivía el país luego de que el Dr. Darío Echandía asumiera en encargo la Presidencia de la República debido al encarcelamiento del presidente electo Dr. Alfonso López, aquel ordenó a todas las

15 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 52001-23-31-000-1998-00352-01 (31250), CP: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

16 Consejo de Estado fallo de 29 de julio de 1947 CP: GUSTAVO A. VALBUENA.

autoridades tomar las medidas necesarias para el restablecimiento del orden público, en virtud de tales ordenes, el entonces Director de la Policía Nacional dictó la resolución de 10 de abril de 1944, ordenando la intervención de todos los periódicos y revistas de Bogotá. En dicha oportunidad, de los hechos demandados, el Consejo de Estado verificó lo siguiente:

(...) De todo lo expuesto hasta aquí, se desprenden, como acreditados, los siguientes hechos fundamentales: 1°. Las medidas tomadas por el gobierno provisional de la Nación, por conducto del Director General de la Policía, durante el estado de turbación del orden público decretado el 10 de julio de 1944, referentes a la revisión de todo el material impreso des tinado a la publicidad en las redacciones de los periódicos de la ciudad de Bogotá, a cuyo efecto fue nombrado un Comandante para permanecer en cada una de las de los periódicos nombrados en el artículo 2° de la Resolución No. 882 de aquel día, entre las cuales no figura la de El Siglo, sin que por ello quedara eximido de las restricciones en tal acto especificadas ; 2° El envío, con fecha 10 de julio de 1944, y con motivo de los sucesos de esa fecha atrás relacionados, de una escolta de la Policía Nacional al edificio de El Siglo a cumplir órdenes e instrucciones del Director de esa institución, entre las cuales estaba la de impedir la entrada y salida de personas del edificio, si bien por medio de dicha escolta pudo evitarse la destrucción de las maquinarias del periódico, que intentaba una multitud que se había dirigido al indicado sitio; y 3°. La orden emanada del funcionario nombrado y dirigida a los gerentes de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá y de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, para que se abstuvieran de prestar los servicios correspondientes a El Siglo. Son pruebas de los hechos que se dejan enumerados, los documentos, testimonios y observaciones que se han reproducido en esta providencia o de los cuales se ha hecho mención, pues si es cierto que algunas de aquellas pruebas son incompletas por sí solas, también lo es que cada una está debidamente establecida y todas guardan estrecha conexión con el hecho principal averiguado, cual es el de la suspensión de las actividades del periódico El Siglo por cierto número de días, en virtud de hechos u operaciones de la Administración (...).

Una vez determinado por la Corporación que la administración, debido a la perturbación del orden público, obró con derecho y en virtud de las facultades que la ley le otorgaba al Presidente en situaciones como la que se presentaba, concluyó que sin embargo, ello no obstaba para reconocer la causación de perjuicios de cierto grupo de particulares y, luego de analizar los diferentes sistemas de imputación que ofrecía la doctrina para casos como el estudiado, concluyó que el Estado debía responder patrimonialmente por haber causado un daño especial pues, incluso obrando legalmente, causó perjuicios que debía costear, lo cual se dijo en estos términos:

(...) Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías de derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio. Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario *El Siglo*, ni mucho menos con detrimento de esta Empresa; y, en cambio, acogerse la del daño especial, en armonía con la de la responsabilidad sin falta. En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de tratamiento excepcional. Lo primero, porque no se le nombró censor, a tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y éste rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosas hasta después de la diligencia de inspección ocular extrajudicial, colocó al prenombrado diario en situación excepcional (...).

Otro de los fallos que ilustra la responsabilidad objetiva antes de la Constitución de 1991, es el fallo de 23 de mayo de 1973, actor Vitalia Duarte V. de Pinilla, quien demandó al Estado por la destrucción de la casa situada en Bogotá, en la calle 27 sur distinguida con el número 14-A-28, y de los muebles y enseres que en ella se encontraban, efectuada por el Ejército Nacional con motivo de la captura del sujeto Efraín González, hecho ocurrido el día 9 de junio de 1965, por lo cual reclamó el pago de los perjuicios materiales y morales. En este caso la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que no se trataba de un típico evento de falla en el servicio por negligencia o abuso de la fuerza, por el contrario, una acción legítima del Ejército Nacional persiguiendo a un delincuente, provocó un daño que debía ser indemnizado por ser consecuencia de una actividad peligrosa. En dicha providencia la Corporación concluyó:

(...) La Sala está de acuerdo con el señor Fiscal, por las razones expuestas, en que en el caso de autos no puede hablarse propiamente de “falla del servicio”, ni por imprudencia o negligencia en el empleo de las armas oficiales, ni por desproporción entre la agresión, en este caso la resistencia armada que opuso quién debía ser capturado, y los medios empleados para hacer cumplir la orden judicial. En una situación tan dramática y confusa como la que se vivió en esos

momentos (varias horas), era el jefe militar que comandaba la fuerza pública encargada de capturar a González, quien estaba en capacidad de determinar o adecuar los medios que debía emplear para cumplir la orden judicial, dada la resistencia armada, muy eficaz, que oponía aquél.

Resta decidir si la tesis planteada por el señor agente del Ministerio Público sobre distribución de las cargas públicas, puede aplicarse al caso de autos dadas sus características especiales y que puede sintetizarse así: la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente no constituye falla del servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a esos hechos, consistente en la destrucción de una casa de propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación. Es evidente que, por lo menos, por razones de equidad y de justicia distributiva quien ha sufrido un perjuicio causado por la Administración debe ser indemnizado, y ciertamente en el caso de autos la señora Vitalia V. de Pinilla no tiene por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano.

Ya el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1949, citada por el señor Fiscal, publicada en los Anales del Consejo, Tomo LXIII No. 367.371, pg. 372, se expresó así sobre este punto: *“En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnización en los mismos términos que en derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa, y que nadie puede causar daño a otro. Solo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser, por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño causado”(...)*¹⁷.

Encontramos igualmente, el fallo de 28 de julio de 1987 actor Tiberio Restrepo Álvarez y otros, quienes demandaron la responsabilidad del Estado por la destrucción de la residencia ubicada en la calle 44E, número 99-30 de Medellín, en el curso de operativo realizado por «Comando Antiextorsión y Secuestro, CAES» al

¹⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera fallo de mayo 23 de 1973, exp. 978, CP: ALFONSO CASTILLA SAIZ.

amanecer del 7 de diciembre de 1981. En este caso el Consejo de Estado concluyó que la responsabilidad del Estado estaba dada por el daño especial ocasionado a los demandantes, reconociéndoles incluso los perjuicios morales sufridos por el impacto emocional producido por el actuar de la Fuerza Pública, según los términos expresados en dicha providencia:

(...) Para la Sala, la sentencia deberá confirmarse en lo fundamental, con algunas modificaciones. Los hechos bien probados mediante testimonios ponen de presente la responsabilidad estatal por el daño especial; posición doctrinaria que tiene amplio respaldo no sólo en la doctrina sino en la jurisprudencia nacionales. Precisamente la cita que hace el Tribunal de el fallo de octubre 28 de 1976, de esta misma Sala, con ponencia del señor Consejero Valencia Arango, es bastante ilustrativo, sintetiza en forma afortunada la idea central: Cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y daña a alguien en forma excepcional en su vida, honra o bienes le está imponiendo a este una carga especial que no tiene porqué sufrir aisladamente. En otros términos, cuando se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas porque estas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado a ese resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido. En este aspecto de la controversia no existe discrepancia, y sobra hacer otras reflexiones. En ese operativo antisequestro no puede hablarse de culpa de la administración. No, ella debía actuar y lo hizo. Pero en su ejercicio se produjo una lesión en el patrimonio de los moradores de la casa de habitación que sufrió los efectos de la operación. Para el Tribunal esos daños no fueron sino materiales. Para el demandante se produjo, así mismo un perjuicio moral. Y la fiscalía estima que estos no se produjeron y que los materiales no debieron concretarse por el Tribunal por deficiencias probatorias. Para la Sala el aspecto de los perjuicios decidido por el Tribunal merece algunos reparos; reparos que se dan no sólo frente a los morales, sino también a los materiales. Frente a los primeros, se anota: Si bien es cierto ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en principio, no cabe hablar del “*pretium doloris*” por la pérdida de bienes materiales, sino sólo por la de los seres queridos, en el caso concreto estos no se reclaman por la destrucción de la casa de habitación, sino por la angustia que tuvieron que sufrir durante el operativo antisequestro, en el que estuvieron en grave peligro de perder sus vidas. Esa angustia o conmoción fuerte produjo un impacto psicológico difícil de olvidar, gratuito para los demandantes, exagerado, fuera de lo común y excepcional frente a los riesgos que se deben soportar por vivir en comunidad. De allí que con estos perjuicios morales se busque no mitigar el dolor por la destrucción de su casa de habitación, sino por el efecto emocional que produjo en sus vidas la acción represiva de la autoridad pública. En ese campo no puede establecerse una tabla matemática para su evaluación y ni siquiera puede acu-

dirse a una peritación como auxilio. Con todo, dentro del arbitrio judicial, esa “guerra” particular que les tocó sufrir a los demandantes (en beneficio de todos, se recalca) merece su retribución. De allí que, tanto el señor Tiberio Restrepo A., como su cónyuge Clara Inés Ramírez de Restrepo y su hija Clara Cecilia Restrepo R., recibirán como compensación por los hechos que tuvieron que padecer el equivalente en pesos colombianos a 250 gramos oro para cada uno. Se observa que no es necesario que ese impacto emocional sea permanente, porque con esta nota no podría pensarse en la compensación de tales perjuicios morales. Con el anterior enfoque, la Sala se separa de la apreciación del Tribunal porque a pesar de que éste reconoce que el hecho pudo producir alteración de tipo emocional estima que estos fueron comunes a todos los asociados. Y es aquí precisamente donde radica la discrepancia, porque es evidente que esta carga o angustia no fue la general o corriente a que están sometidas las personas por el hecho de vivir en sociedad, sino que fue algo excepcional y con notas de especial rigor (...) ¹⁸.

Finalmente, en el fallo de 30 de enero de 1987 actor Bertha María Martínez Zamudio, se demandó al Estado por los perjuicios causados con motivo de la construcción del puente vial elevado de la intersección de la calle 53 con carrera 30 de Bogotá. En este evento la Sala estableció lo siguiente:

(...) Se puso en evidencia que la obra del puente de la 53 con la carrera 30 produjo un daño de carácter excepcional a los dueños del inmueble aledaño a dicha obra (número 28A-05 de la calle 53). Daño o perjuicio que no surge de una falla del servicio (la actividad de la entidad demandada fue legítima) sino del hecho de habersele impuesto a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley). La Sala estima que el apoyo jurisprudencial citado por el a quo conserva su vigencia, ya que él no hace otra cosa que relieves el postulado de que interés general debe prevalecer sobre el particular. Fuera de las sentencias citadas y transcritas en parte en la motivación del fallo recurrido la Sala menciona el fallo del Banco Bananero en el que se hace la presentación de la tesis doctrinaria del daño especial con sus alcances, precisiones y exculpaciones (Sentencia de fecha 28 de octubre de 1976. Ponente: Doctor Valencia A.). No encuentra tampoco la Sala razones para no acoger las apreciaciones probatorias hechas por el Tribunal. Tanto la inspección judicial como el dictamen pericial constituyen plena prueba no sólo de la existencia del perjuicio sino de su magnitud. Y se refuerzan sus conclusiones con las declaraciones de los testigos que son contestes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Así mismo nada hay que objetar en torno a la autoría de

¹⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera fallo de julio 28 de 1987, exp. 4983, CP: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.