

**ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL CONCEPTO DE RIESGO EXCEPCIONAL Y
RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN COLOMBIA: EL DERECHO A REPARAR
Y SER REPARADO.**

Heilly Massiel Martínez Ortiz

Especialización en Derecho Administrativo

Universidad Santiago de Cali

2018

ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL CONCEPTO DE RIESGO EXCEPCIONAL Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN COLOMBIA: EL DERECHO A REPARAR Y SER REPARADO.

Resumen:

Desde la expedición de la constitución política del año 1991, el elemento culpa perdió importancia al momento de establecer los títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado. De esta manera la noción de daño antijurídico se configura más objetivo a la determinación del nexo causal.

Es así como el título de imputación responsabilidad objetiva establecida en la teoría del Riesgo, genera tal importancia en el orbe jurídico colombiano, pues los cambios han sido trascendentales dentro del derecho al establecer como único fundamento el elemento daño, lo que hace que pierda importancia el elemento intencional del autor y por el contrario es más importante evidenciar el régimen aplicable al momento de indemnizar los perjuicios sufridos por las víctimas. Es así como la teoría del riesgo excepcional, se convierte en uno de los elementos del responsabilidad objetiva, pues las cargas probatorias se direccionan a establecer la vulneración del deber objetivo de cuidado que el administrado no debía soportar.

Palabras claves: riesgo excepcional, responsabilidad objetiva, daño especial, falla en el servicio, falla presunta

Introducción

La presente investigación plantea un tema de importancia para el Derecho administrativo contemporáneo, parte de la comprensión y reconocimiento de los fundamentos ideológicos y estructuralistas de lo que implica, la fundamentación ideológica del criterio de Responsabilidad del Estado colombiano frente al régimen Responsabilidad administrativa fundamentado en la teoría del riesgo excepcional, desde el marco del Derecho administrativo colombiano, en consecuencia la presente investigación se orienta desde una estructura de la comprensión dogmática y Jurisprudencial, fundamentada en el análisis hermenéutico sobre la base de teorías que permiten establecer los fundamentos que encarnan la aplicación de este novísimo régimen Responsabilidad del Estado, entendiendo que consuetudinariamente en los estrados judiciales administrativos, este régimen de Responsabilidad es claramente desconocido, tiene poco conocimiento de lo que representa un tema de impacto y relevancia para el Derecho administrativo colombiano.

La realización del artículo de investigación, permitirá identificar la fundamentación regulativa y aplicabilidad de lo que sin duda es un tema altamente sensible y de relevancia en la estructura jurídica colombiana; el riesgo excepcional y la responsabilidad objetivo, en este sentido se propone dentro de la discusión la necesidad de una visión complementaria al Derecho administrativo.

Entendiendo que el riesgo excepcional, como régimen, de Responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango Constitucional (Corte constitucional, 2011), convalidado mediante el viraje Jurisprudencial, se hace importante el objetivo de esta investigación pues hay implicaciones de orden legal que obligan a los juristas a conocer el comportamiento jurídico de estas acciones.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA: CONCEPTO, ALCANCES, APLICACIÓN, FUNDAMENTOS TEORICOS Y DOCTRINALES.

CONCEPTO.

Siempre que se inician los estudios sobre el tema de responsabilidad, nos ubicamos en dos contextos víctimas y reparación, muchos tratadistas comienza sus estudios dando el concepto de responsabilidad como una obligación de reparar un daño ocasionado a otra persona, Así, para Arturo Alessandri Rodríguez “en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. Entendiendo el autor como un exponente del sentido final del daño, todo daño que se deba reparar es porque tuvo un resultado. Ahora bien, En el caso de la responsabilidad objetiva, tiene como base la fuente de obligaciones como uso lícito de cosas peligrosas, es decir por el solo hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado, así se expone en el derecho civil”. (Alessandri, 1981)

Responsabilidad moral y jurídica.

Por ser este un tema de índole subjetivo, toda vez que proviene de una conducta humana que al materializarse genera una afectación objetiva, pues deviene en una afectación jurídicamente regulada, se ha establecido la necesidad de dividirla en dos clases responsabilidad moral y responsabilidad jurídica. Para Dworkin, hay “un vínculo que nace de una acción personal y por eso no es idéntica en cada ser humano, pues son variadas las circunstancias que influyen en la toma de decisiones de las personas y por lo mismo en el grado de responsabilidad que éstas tienen sobre el resultado de sus acciones. El ser humano es

psicológicamente responsable de su actuación en mayor o menor medida en función de dos variables: 1) el correcto desarrollo de su personalidad y 2) la complejidad de la situación a la que se deba enfrentar. Ambas características tienen un respaldo jurídico”. (Otero, 2016)

¿Cuándo se habla de La Responsabilidad Moral?.

Esta responsabilidad, es de carácter subjetivo, solo se afecta el ser, está guiado por conductas que violenta el espíritu, las normas morales o religiosa, no tienen resultado que se exterioricen y generen una afectación jurídicamente reprochable. Para Arturo Alessandri *“la responsabilidad moral es la que proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión. Es moralmente responsable el que ejecuta un hecho o incurre en una omisión contraria a la moral o a su religión... La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo y como las acciones y omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan”* (Alexandri, 1981) . Para Gilberto Martínez Rave, se *“... entiende por responsabilidad moral aquella donde los resultados que deben enfrentarse son de índole moral, subjetivista, interno y no trascienden al campo externo de la persona y que surge generalmente cuando se violentan normas de conducta netamente morales, espirituales”* (Martínez, 1988)

De esta manera, salta de bulto que frente a la responsabilidad moral las resultas de la acción antimoral, ocasionan daños meramente subjetivos sin que sea afectada la estabilidad social.

La Responsabilidad Jurídica.

Contrario sensu a lo anterior, la responsabilidad jurídica se exterioriza por la conexión entre determina acción y un resultado que causa un daño, en el daño jurídico el resultado debe ser un perjuicio que transgreda la seguridad social, y las estipulaciones normativas. Estas conductas escapan del fuero interno del individuo y se incluyen en el mundo jurídico generando una carga en cabeza del autor del daño que puede consistir en una sanción o una reparación (Isarri, 2011). Siguiendo lo estimado por el autor Martínez, la responsabilidad

jurídica “...transciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas. Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, o pautas de los componentes de la sociedad.” (Martínez, 1988), para la legislación colombiana la responsabilidad cabe dentro del rango y legislación de las conductas penales y civiles, de esta manera encontramos las especificaciones de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, las cuales se determinan de la siguiente manera:

Responsabilidad Penal	Responsabilidad Civil.
el individuo ha violado o transgredido un derecho que se encuentra amparado específicamente en una norma penal(Alessandri, 1981)	cuando a raíz de una acción u omisión, se genera un daño a una persona o a su patrimonio, lo que conlleva la obligación a cargo del autor de la acción u omisión, de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio a favor de la víctima (corte Constitucional, 1996)
cuando el resultado dañino afecta a la sociedad en general	Puede ser contractual, delictual, cuasi delictual o legal
Para los autores Mazeaud y Josserand. La responsabilidad penal cuando el individuo ha transgredido derechos amparados en las normas penales y el resultado de dicha transgresión ha originado perjuicios a la sociedad (Mazeaud, Josserand, 1960)	Para que exista responsabilidad es indispensable que se haya causado un daño en la persona o propiedad de otro Para los hermanos Mazeaud, la responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social, sino un daño privado. Por eso ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar.(Isarri, 2011)
	Puede ser legal, contractual o extracontractual; de igual manera puede objetiva o subjetiva (Isarri, 2011).

Tabal1. Comparativo entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

Fundamentación teórico jurídico de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Para efectos de lograr establecer los alcances de la responsabilidad, sus autores, y modos de establecer sus niveles y riesgos, dividimos el estudio de cada uno por separado para tratar su fundamentación jurídica y teórica.

Responsabilidad Contractual.

Cuando se habla de responsabilidad contractual, no ubicamos en la voluntad de las partes fragmentada por alguna de ellas generando vicios de fondo o ejecución pactados en un contrato. Esta clase de responsabilidad contiene un incumplimiento, retraso en el cumplimiento o simple cumplimiento defectuoso de una o varias obligaciones estimadas en el contrato.

Ahora bien los autores en esta situación son el autor del daño y quien lo sufre, es pertinente se tenga en cuenta que el perjuicio debe ser causado con ocasión de esa relación. Sin embargo y para efectos de lograr una interpretación teórica, se ha establecido diferencias argumentativas frente a la hora de establecer la responsabilidad contractual, en primera instancia se ha dicho son aquellas que presentan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; sin embargo otra parte de la teorías indican que hay esta clase de responsabilidad, cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple obligación derivada de vínculo jurídico anterior o de la ley.(Consejo de Estado,2013)

Parafraseando al autor chileno Arturo Alessandri, la responsabilidad contractual supone la preexistencia de una obligación anterior, es decir que los autores del contrato están ligados por vínculo jurídico anterior y que su violación repercute en una sanción. (Alessandri, 1981) Es decir, que se genera la obligación de indemnizar al acreedor por el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Para los tratadistas uruguayos Gustavo Ordoquí y Ricardo Oliviera la responsabilidad contractual “*no es la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del*

acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos” (Odorqui,1974) dentro de un estudio que provino del la universidad externado de Colombia, en donde en una conferencia de obligaciones, se estableció diferencia entre responsabilidad abstracta y concreta, que son los términos que contextualizan la responsabilidad contractual y extracontractual. La propuesta la estableció el dr FERNANDO HINESTROZA, quien considera que “cuando entre víctima y agresor no existía nexo concreto alguno, cuando entre ambos no mediaba relación específica y su acercamiento se funda exclusivamente en el acto dañino, se tiene responsabilidad abstracta, y en el caso de que el hecho se produzca con ocasión y en desarrollo de un vínculo previo entre las partes, responsabilidad concreta”(Hinestrosa, 1984), de esta manera y atendiendo lo indicado por el autor, se puede entonces decir que, cuando se habla de responsabilidad concreta se está tratando la responsabilidad contractual, toda vez que esta supone que entre el autor del daño y la victima media relación anterior, mientras que en la responsabilidad abstracta no supone relación previa, como se especifica en la responsabilidad extracontractual que abajo se estudiara.

La española Encarna Roca, expone que se está en presencia de responsabilidad contractual o responsabilidad por el incumplimiento de contrato, cuando se no hay cumplimiento de una obligación la cual deriva de un contrato, obligación que proviene de un vínculo anterior. Ella afirma que *“cuando se produce el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, surge la necesidad de exigir el cumplimiento de un interés individual, el del acreedor, que puede pedir al deudor incumplido el resarcimiento de los perjuicios que el incumplimiento le ocasionó. Existe, por tanto, un deber previamente pactado, una relación jurídica previa y el sistema de responsabilidad derivado del contrato tiene como finalidad asegurar al perjudicado la obtención del beneficio que se buscó con la obligación pactada” (Roca, 1998)*

Regímenes de responsabilidad extracontractual

Responsabilidad por daño especial

Esta figura jurídica como lo ha establecido el consejo de Estado es una teoría de rango excepcional y subsidiario, es decir solo se aplicara en los casos en que no se logre subsumir el caso concreto a otra figura jurídica. Ahora bien, se está dentro de una situación de daño especial, cuando el estado en el ejercicio de sus actuaciones legislativas y/o estructurales genera un perjuicio a alguno de sus asociados, dando paso a la necesidad de reparar sus perjuicios.

Bajo la premisa de los ciudadanos son iguales ante la ley y las cargas públicas, hace necesario que los ciudadanos se comporten conforme a todos los postulados normativos y políticas que desarrollen dentro del ente estatal, lo que hace más fácil desarrollarse en sociedad y convivir de manera ordena y normalizada. Sin embargo cuando dentro de estas políticas se generan desequilibrios que vulneran el desarrollo dela igualdad, así sea dentro del obrar legitimo del estado, es obligación del mismo restablecer los derechos vulnerados a través de la indemnización.

Responsabilidad por riesgo excepcional

Frente a la teoría del riesgo excepcional, se puede encar que este busca un equilibrio entre las cargas procesales del ciudadano y el estado, pues hay cuestión de poder, que en principio generaba una victimización para el Estado cuando era quien no generaba todos los elementos pertinentes para minimizar el riesgo. Es por esta razón que:”el Riesgo Excepcional tiene su fundamento en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas, y se presenta de acuerdo a lo expuesto por el Consejo de Estado, cuando en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, emplea medios o utiliza recursos sometiendo a los ciudadanos a un riesgo de naturaleza excepcional, que supera los beneficios que recibirán por estos servicios; en el ejercicio de actividades consideradas peligrosas, como son: el

manejo de armas de fuego, la conducción de vehículos, manejo y transporte de explosivos, conducción de redes de energía eléctrica”. (Gomez,2011)

De esta manera, es necesario que se guarde el deber objetivo cuidado al momento de crear el riesgo, pues el administrado no está en la obligación de soportarlo, por esta razón se indica que : “Este régimen de imputación objetiva, se configura en la creación del riesgo por parte de la administración y la concreción del mismo; el Estado responde por los daños causados cuando se materializa el riesgo creado por la administración, ejemplo de esta teoría se presenta en los casos donde se causa daño con la utilización de armas de dotación oficial, actividad que se ha considerado tradicionalmente como peligrosa, de igual forma en los accidentes de tránsito causados por la conducción de vehículos automotores de propiedad del Estado. (Gomez,2011)

Finalmente se debe tener en cuenta, que frente a objetividad de la imputación en los daños causados por la administración, no siempre se va imputar la responsabilidad a este , pues en ocasiones, la culpa es exclusiva de la víctima o por hechos de un tercero, lo que genera un eximente de responsabilidad. De igual manera se pueden presentar actuaciones donde concurren las culpas entre los ciudadanos y el Estado en este caso se minimiza la carga para el Estado.

Responsabilidad por falla del servicio

Falla probada del servicio.

La falla probada del servicio, es una figura que ha servido de enlace para que el concejo de estado y los tribunales fallen frente a diferentes omisiones cometidas por la administración.

¿Qué es Falta o falla del servicio?

La Constitución Política en el artículo segundo, específicamente en el segundo párrafo establece “Las autoridades de la república está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

(Constitución Política, 1991) esta es la responsabilidad que tiene el estado para con sus asociados, sin embargo y por diferentes hechos esta situación se ha visto fragmentada por hechos dañinos derivados de textos como leyes, reglamentos, estatutos u cualquier otra forma de generar deberes y obligaciones del estado y sus servidores.

La falta o falla en el servicio, es la violación de los funcionarios o servidores públicos a los deberes y obligaciones establecidos en el bloque normativo que los regula. Es decir que el servicio prestado está funcionando mal o simplemente no está funcionando conforme las exigencias de ley.

Es de vital importancia establecer todas las pruebas necesarias para demostrar la falla, de lo contrario no se dará paso a la indemnización. Es menester precisar, que es fundamental que el actor suministre todas las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se supone causaron un perjuicio, para así generar integralidad en la información al juez y de esta manera pueda resolver sobre lo razonable.

Falla presunta del servicio

La falla presunta del servicio es un concepto que involucra algunos aspectos de la falla probada y de los regímenes objetivos, es decir que la carga probatoria del demandante se hace más liviana pues este debe acreditar perjuicios y nexo causal entre el perjuicio y el hecho de la administración mientras que la mayor carga la tiene la entidad demandada. Lo anterior toda vez que en muchas ocasiones no se pagaron las indemnizaciones de los perjuicios debido a la falla probada, es decir las exigencias probatorias eran muy difíciles de cumplir.

Sin embargo y por las condiciones de inequidad dentro de esta clase de procedimientos el concejo de estado ha logrado generar por medio de la jurisprudencia dar otro alcance a las condiciones jurídicas para reparar perjuicios.

Causales de Exoneración:

Para efectos de conseguir la exoneración, la entidad demanda debe probar que su actuar se desarrolló conforme a las exigencia del deber objetivo de cuidado, que no hubo omisión alguna y que las acciones generadoras del daño fueron prudentes. Las condiciones de la acción para efectos de no comprometer la responsabilidad también pueden ser por presencia de causas extrañas, culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo y determinante de un tercero. El caso fortuito no exime ya que cuando se prueba este, es casi como decir que hubo ausencia de culpa y en los casos de presunción de culpa no solo se demuestra la ausencia de culpa si no, que se debe demostrar que las acciones se realizaron con prudencia.(Patiño, 2011)

Ahora bien, dentro del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, encontramos dos ejemplos cumbres que involucran la causa presunta, en primera medida, están los eventos que involucran la responsabilidad del estado por perjuicios ocasionados con armas de dotación oficial, cuando se está frente a estos sucesos donde se dispare de manera imprudente un arma de dotación oficial debe ser tomado como una presunción de falla. Lo mismo ocurre con la responsabilidad médica, cuando por una intervención médica se genere un perjuicio, es a este a quien le corresponde probar que agoto todos los medios idóneos y necesarios para que no ocurriera el hecho dañoso, en este caso concreto hay una falla presunta, pues aunque al demandante le parezca que hubo una negligencia médica no es quien tiene la idoneidad cognitiva para establecer si la hubo o no, por esta razón el Consejo de Estado le ha dejado esta carga probatoria a la entidad presuntamente responsable.(Consejo de Estado, 1992)

Régimen de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo, nace como una dignificación de la reparación del daño y la salvaguarda de las víctimas que sufrían daños y perjuicios por acciones que no venían acompañadas de actos dolosos o culposos. Fue en el siglo XIX, cuando surge la revolución industrial que se empezó a dar un vuelco total a la teoría de la responsabilidad subjetiva, pues en esta época con el surgimiento de las máquinas y los objetos industriales de difícil funcionamiento se empezaron generar muchos accidentes y las victimas no lo lograban probar el hecho culposo o doloso del daño, lo que hacía que las

fuerzas económicas se aprovecharan y generaran reparaciones a los perjuicios mínimos. Con esta situación varios autores o teóricos de la época, como Josserand, lograron exponer la teoría del riesgo como una sublevación de la equidad y la justicia social. Con esta teoría se libera a la víctima del hecho de tener que demostrar el acto doloso y culposo para poder recibir su indemnización. De igual manera, Otros autores, conscientes de la injusticia que se estaba presentando, propusieron otras teorías que no desaparecieron el concepto de la culpa, pero sí hicieron viable el hecho de que la víctima consiga la indemnización de los perjuicios.

Ahora bien, siguiendo con el estudio del caso concreto, encontramos que La responsabilidad objetiva o también llamada teoría del riesgo, basa su conceptualización en el resultado y el nexo causal que hay entre este y la acción. Es decir, no importa si la acción fue cometida con dolo o culpa, lo principal es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

El estudio de responsabilidad desde esta perspectiva no se hace desde la culpa o el dolo, solo requiere la victima demostrar que hubo una omisión o una acción en la causa del daño para que la misma pueda ser reparada, “La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte...Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad” (Alessandri, 1981)

Seguidamente, se encuentra que desde la perspectiva de la teoría del riesgo, se ha generado muchas teorías las cuales han permitido ampliar el ámbito de aplicación de esta teoría, nombrando alguna de ellas de la siguiente manera:

TEORIA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O TEORIA DEL RIESGO	CONCEPTO.
la teoría del abuso de los derechos	Esta teoría indica, la obligación de seguridad a favor de la víctima y las presunciones legales o judiciales que invierten la carga de la prueba, es decir que a la víctima no le corresponde probar la culpa y el dolo, sino que la carga de la prueba le queda al autor del daño. (Isarri,2011)
Teoría del interés activo	ésta consiste en que quien desenvuelve en su propio interés una actividad cualquiera debe sufrir las consecuencias provenientes de ella (Odorqui, 1971)
Teoría de la prevención	Corresponde al sujeto calcular las posibilidades de éxito pensando en los diferentes factores que pueden concurrir en la consecución del mismo, incluso la posibilidad de accidentes, debe necesariamente garantizar su decisión.
Teoría del interés preponderante	Con la finalidad de salvaguardar la equidad y la justicia es necesario que al momento de reparar el interés económico dañado por las partes; este sea proporcional al poder económico del agente, pues mayor es la responsabilidad que a su cargo se impone.
Teoría del acto peligroso	En todos los casos en que haya intervenido una acción peligrosa, debe necesariamente obligarse a reparar a quien de ella se sirve, por la culpa que implica

	haber provocado un peligro (Isarri,2011)
Teoría del riesgo provecho llamada también teoría del riesgo profesional	Cuando un sujeto crea ciertas condiciones de trabajo, y el sujeto contrata personas para realización de actividades que lo beneficien o extrae beneficio para ellos de las actividades que desempeñan, en caso de que estas personas se dañen o sufran algún accidente aquélla debe indemnizar los daños ocasionados. (Isarri,2011)
Teoría del riesgo creado	Esta indica que se está obligado a reparar las acciones dañosas producidas por una actividad que tiene lugar en nuestro interés y bajo nuestro control. (Isarri,2011)

Tabla2. Concepto de las teorías de la teoría responsabilidad objetiva o teoría del riesgo.

Sin embargo para muchos autores, estas teorías no son más que “conceptualismos ya que: “La verdadera y única razón de ser del régimen de la responsabilidad, se encuentra en la necesidad de asegurar a la víctima una reparación por el perjuicio sufrido; solución que en muchos casos la teoría de la culpa es incapaz de proveer, sea por la imposibilidad de determinar el agente material del daño, sea porque su conducta ilícito-culposa no puede ser probada, o porque, salvados estos últimos escollos, el sujeto responsable resulta insolvente” (Odorqui,1971)

De igual manera, para otros autores negadores de la culpa como elemento indispensable para establecer la responsabilidad, se establece que hacen parte de la responsabilidad objetiva el acto normal y el acto anormal, aunque para autores como Mazeaud hacer esta distinción es como corroborar la necesidad de probar si es inocente o culpable (Mazeaud, 1981). Sin embargo, se ha logrado establecer una explicación válida para los seguidores de la teoría del riesgo, en cuanto al hecho de establecer el riesgo normal y el anormal dice la

autora Marty, G: “Los riesgos normales son los que acompañan a toda actividad humana: son las consecuencias ordinarias de la explotación regular de una industria y del uso corriente del derecho de propiedad. De estos riesgos no se es responsable. Todo el mundo se halla, a este respecto, en un pie de igualdad. Pero hay actividades, en cierta medida exorbitantes, que crean riesgos anormales, que sobrepasan la medida normal. De estos riesgos debe responderse a condición de que se hayan causado materialmente. En resumen, bajo esta forma atenuada, el alcance de la teoría del riesgo se reduce a lo siguiente: No se responde de todos los daños que hayamos podido contribuir a causar por medio de cualquiera actividad. Se es responsable de los riesgos excepcionales que se hayan causado por una actividad anormal.” (Marty, 1952) Lo que indica es que todo sujeto que ejecuta una actividad anormal, debe ser consiente que de las omisiones o las acciones que se desprendan de la misma es su deber objetivo hacerse responsable.

Finalmente, es pertinente indicar que en la responsabilidad objetiva no hay una valoración subjetiva, y que lo único que se valora es el daño y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión para determinar la responsabilidad.

Concepto riesgo excepcional

Como se había indicado anteriormente, la teoría del riesgo nace, con fundamento a lo estipulado en el código civil, donde toda actividad peligrosa que genere un riesgo a la sociedad debe ser reparada, sin embargo y para efectos probatorios toda la carga probatoria estaba en cabeza de la víctima. Desde la regulación ordinaria la responsabilidad por el hecho de la cosa se fundamenta en el artículo 2356 del código civil, el cual indica que *“Responsabilidad por malicia o negligencia. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente 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”* (Código Civil, 1887). Este artículo implanta una presunción de culpa, para las personas que en el desarrollo de una actividad lícita, impone un riesgo a la comunidad, haciendo que la víctima solo deba demostrar que sufrió un daño en desarrollo de tal actividad, esto con la finalidad de que quien lo causó se vea en la obligación de repararlo.

Sin embargo, esta presunción puede desvirtuarse si el sujeto que causo el daño demuestra una causa de exoneración.

Ahora bien, Como ya se explicó con anterioridad, el desarrollo conceptual de los títulos de imputación para imputar responsabilidad extracontractual al Estado ha sido un desarrollo eminentemente jurisprudencial, como resultado de la ausencia de regulación en la materia, que solo vino a darse con el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Sin embargo, años anteriores específicamente en el año 1984, el Consejo de Estado ya se había referido a regímenes de responsabilidad objetiva, se refirió al riesgo excepcional, al afirmar que *“cuando el Estado en la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio público crea un riesgo de “naturaleza excepcional”, que por su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos, como contrapartida de las ventajas de dicha prestación, si el riesgo se realiza, el Estado debe responder por los daños sin importar si actuó o no con falla del servicio”* (Consejo de estado, 1984).

Según esta teoría, la responsabilidad del estado que da comprometida al momento en que esté en la realización de una obra a favor de los asociados, incluye en su proceder actividades que ponen en una situación de peligro a sus ciudadanos, a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional que, por ser tan grave, sobrepasa las cargas que habitualmente han de soportar los asociados como recompensa de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio. La Sección Tercera del Consejo de Estado, inició el estudio de la responsabilidad por actividades peligrosas, bajo el título de imputación de la falla del servicio probada hasta el año 1989, año en que se adoptó el título de falla presunta, (para juzgar esta clase de eventos debido a la peligrosidad del vehículo), consideró la sala que al ser nexo instrumental en la imputación de un perjuicio, implica de por sí la responsabilidad del propietario del automotor, sin necesidad de que se deba probar la falla del servicio. (Gomez,2011)

Posteriormente en el año de 1992, cuando la misma sala falló un caso donde se contendía la responsabilidad en la prestación del servicio médico, indico *“que la falla probada o presunta únicamente se debe aplicar a éstos casos, mientras que, frente a los daños causados por cosas o actividades peligrosas, en los que no se juzga la conducta irregular de la Administración sino el daño antijurídico, opera una presunción de responsabilidad y*

no una presunción de falta” (Consejo de Estado, 2002). La teoría de presunción de responsabilidad para fallar situaciones de daños derivados de cosas o actividades peligrosas se afianzó en los años posteriores, hasta una resolución judicial de marzo del año 2000, en la cual la Sala modificó su posición en el sentido de precisar que no existe en ningún caso la llamada "presunción de responsabilidad", expresión que resulta poco afortunada. (Consejo de estado, 2007)

Finalmente, se percibe un ir y venir de los título de imputación en el tiempo, y evaluando las líneas jurisprudenciales es evidente que aunque Halla responsabilidad extracontractual del Estado cuando los asociados son víctimas en su persona o en sus bienes de un daño, solo se requiere que se pruebe que se produjo un daño en desarrollo de aquella actividad legítima y que existe relación de causalidad entre ese daño y el riesgo producido, para que el Estado sea declarado responsable, es el juez quien finalmente demarcara el título de imputación que a bien crea le corresponde.(patíño, 2011)

Conclusiones

A lo largo de esta investigación se desarrollaron dos aspectos fundamentales uno, las condiciones conceptuales de los títulos de imputación subjetiva y objetiva específicamente Riesgo Excepcional de la responsabilidad extracontractual del Estado, abordada desde su naturaleza hasta su forma de aplicación; de igual manera y, como segundo derrotero de la investigación se efectuó un estudio de la línea jurisprudencial de los mismos títulos de imputación objetiva especialmente del RIESGO EXCEPCIONAL. Es así como, se exponen las siguientes conclusiones:

1. La intervención del Consejo de Estado dentro de los casos de la administración pública fue fundamental para salvaguardar la integridad del asociado perjudicado por el Estado, ya que este le brindó unos parámetros de defensa y reparación.
2. Dentro de la primera sentencia del Consejo de Estado se indicó el concepto de actividad peligrosa, y se dispuso que así las actividades del estado dentro del desarrollo de obras o prestación de servicios pongan en riesgo al asociado, debe indemnizar los perjuicios que se le generen, así la actividad sea lícita.
3. Cuando se trata de actividad peligrosa, no se acepta como causal de exoneración el caso fortuito ya que este es que este evento se encuentra dentro de la esfera jurídica interna de quien causa el daño.
4. Por tratarse de una actividad peligrosa, deben evaluar desde el régimen del riesgo excepcional, en el cual basta con acreditar la existencia del daño y su nexo de causalidad con el servicio, sin que haya necesidad de estudiar el hecho de quien la produjo.
5. El título de imputación del riesgo excepcional se mantiene como fundamento el concepto de daño antijurídico contenido en el artículo 90, toda vez que se está generando un perjuicio a un bien jurídicamente tutelado, cuyo titular no tenía

obligación de soportar dicho daño y por tanto y en aras de salvaguardar el principio de igualdad debe responder patrimonialmente el Estado. (Isarri, 2011)

Referencias bibliográficas

1. Alessandri. A. (1981), De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, pág. 10. 2, 92
2. Consejo de Estado, radicado 2001-23-31-000-2000-01310-01c2x2017, Mag ponente DANTO ROJAS BETANCOURT, Sección tercera
3. CONSEJO DE ESTADO, Sección 3ª, julio 30 de 1992. Exp. 6897 M.P. Daniel Suárez Hernández y Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3ª, agosto 24 de 1992. Exp. 6754 M.P. Carlos Betancur Jaramillo
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero de 1984. Expediente: 2744. C.P Eduardo Suescún Monroy
5. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Expediente: 25020. C.P. Ramiro Saavedra Becerra
6. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Expediente: 68001 23 15 000 14142 01. C.P. María Elena Giraldo Gómez.
7. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Expediente: 4655 (97). C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

8. Corte Constitucional, sentencia C644 de 2011, Mg ponente JORGE IVAN PACIO PALACIO EXP. D8422
9. Corte Constitucional, Sentencia C644/2011, Mag ponente JORGE IVAN PACIO PALACIO EXP d-8422
10. Corte Constitucional, sentencia333 de 1996, Mag. Ponente ALEJANDRA MARTINEZ CABALLERO.
11. Gomez. M (2011), Responsabilidad extracontractual del estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional, recuperado en:
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3549/GomezOrtizMariaIlvany2010.pdf;jsessionid=E44D39314D05F8852C4D50D62B4C46B7?sequence=2>
12. Hiestrosa. F. (1964), Conferencias de Derecho Civil Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., pág. 330.
13. Isarri. C. (2000), El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del ESATDO colombiano, Universidad javeriana, pág., 14,36.45,95
14. Martínez. G. (1988), La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 4ª ed. Medellín : Biblioteca jurídica Diké, pág. 11
15. Marty, G. (1952), Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Vol. I. México: Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue, Pág. 283
16. Mazeaud, Henri – Leon – Jean (1960). Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 7

17. Ordoquí, G y Olivera R. (1974), Derecho Extracontractual. Volumen II, Compendio de Responsabilidad Extracontractual. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández, pág. 47, 19

18. Otero. M (2016), la responsabilidad moral. Una lectura crítica de R. Dorwink, AFD, (XXII), ISSN: 0518-0872, pp. 451-474

19. Patiño. H. (2011) Las causales de exoneración de la responsabilidad extracontractual, Revista de derecho privado No. 20, enero a junio 2011, pag. 372

20. Roca. E. (1998), Derecho de Daños, Textos y materiales. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, Pág. 33