

ANÁLISIS A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA INEFICIENCIA EN EL CONTROL Y VIGILANCIA EN EL PAGO DE ACRENCIAS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.

Parte 2 - Elementos de responsabilidad patrimonial y del estado

Dairo Efrain Castro Flórez¹

RESUMEN

Detectar los problemas esenciales del modelo de Inspección, Vigilancia y Control, existente en la actualidad, ejercido principalmente por la Superintendencia Nacional de Salud a las Entidades Promotoras de Salud – EPS, desde la implementación de la Ley 10 de Enero 10 de 1990, pasando por la Ley 100 de Diciembre 23 de 1993, reformada básica y principalmente por la Ley 1122 de Enero 9 de 2007 y por la Ley 1438 de Enero 19 de 2011, se convierte en una tarea minuciosa, por ello el problema investigativo apunta al análisis teórico-jurídico de dicha forma de intervención Estatal frente a las EPS's, el cual busca la protección y un manejo adecuado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que redunde en la garantía a los ciudadanos, de los principios universales y los postulados constitucionales en materia de oportunidad, accesibilidad y calidad, para una plena satisfacción del derecho fundamental a la Salud y a la Seguridad Social. Este tema será desarrollado en una serie de artículos dirigidos a estudiar a profundidad el cuestionamiento ¿De qué manera el Estado incurre en responsabilidad ante la ejecución de las tareas de inspección, vigilancia y control a las EPS's que han sido intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud y que han dejado insolutas acreencias a favor de proveedores e instituciones prestadoras de salud, derivadas de la prestación del servicio público de salud?

Palabras Clave:

Sistema de salud colombiano, legislación en salud, inspección-vigilancia y control, Entidad promotora de salud

¹ Abogado, Especialista en contratación estatal, Magíster en Derecho. Asesor y litigante, dairo347@hotmail.com

ABSTRACT:

Detect the essential problems of the Inspection, Surveillance and Control model, existing today, exercised mainly by the National Superintendency of Health to Health Promoting Entities - HPE, since the implementation of Law 10 January 10, 1990, passing through Law 100 of December 23, 1993, fundamentally reformed and mainly by Law 1122 of January 9, 2007 and by Law 1438 of January 19, 2011, becomes a meticulous task, therefore the investigative problem points to theoretical analysis- of this form of State intervention against the HPE, which seeks the protection and adequate management of the resources of the General System of Social Security in Health, which results in the guarantee to the citizens of the universal principles and the constitutional postulates in matter of opportunity, accessibility and quality, for a full satisfaction of the fundamental right to Health and Social Security. This topic will be developed in a series of articles aimed at studying in depth the question: ¿How does the State incur responsibility for the execution of inspection, surveillance and control tasks to the HPE that have been intervened by the National Superintendence of Health and what have they left unpaid debts in favor of providers and health care institutions, derived from the provision of the public health service?

Keywords:

Colombian health system, Health legislation, Inspection-surveillance and control, Health promoting entity

Desarrollo del tema:

1. Responsabilidad según la doctrina y la jurisprudencia.

En el marco de la responsabilidad del Estado, es necesaria la configuración concurrente de ciertos elementos que conlleven a fijar una imputación conforme a los deberes constitucionales que impone el artículo 2 superior en cuanto a "(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...) las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." (Constitución Política, 1991. P. 6) lo cual,

en el ejercicio práctico de la función pública, como podría suceder en la prestación de un servicio de salud, la construcción o mantenimiento de una vía, o mismo desarrollo de la actividad judicial, podrían ocasionar perjuicios no esperados hacia particulares residentes en el territorio nacional y dado el desequilibrio de las cargas públicas versus particulares, el Estado asumirá su posición de garante frente a cada caso en concreto.

Ante la importancia de la responsabilidad estatal para los asociados, es preciso mencionar que durante la vigencia de la Constitución de 1986 no existía tal término, como consecuencia de la normatividad acogida por el Estado liberal que difiere de nuestro actual modelo de Estado, en la preponderancia de las reglas al poder legislativo “y en general a los poderes centrales” (Rozo, 1988, pág. p. 28). Una vez aprobadas las leyes, estas serían interpretadas en su sentido estrictamente gramatical, sin entrar a analizar las circunstancias de tiempo, modo o lugar que pudieran incidir de alguna manera en una decisión judicial, evidenciándose un exceso de positivismo jurídico en el cumplimiento del principio cardinal de legalidad, que parte de una concepción objetiva del Derecho y por ello, se estimaba al ordenamiento jurídico como un sistema completo y eficaz frente a las garantías individuales.

Lo anterior permite inferir que las garantías hacia los residentes en Colombia no estaban totalmente contenidas en las leyes rígidas ni en la Constitución, generando tal inconformismo en la sociedad, planteándose durante varios años la necesidad de armonizar y relativizar la forma de aplicación y omnipotencia de la ley, para que a través de ella se llegara a un alcance de igualdad material en la garantía de los derechos, ajustándose a la realidad dinámica socio-cultural del país.

Es así como se promueven diversas leyes transitorias y decretos con fuerza de ley en el marco del ejercicio del estado de sitio (Constitución Política, 1886. P. 243), que permitieron adoptar resoluciones judiciales también a través de la racionalidad y no solo desde el positivismo, culminada esta labor con la transición al Estado Social de Derecho, propuesto por la Constitución Política de 1991, la cual desde su preámbulo precisaba la importancia de: Asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad. (Constitución Política de Colombia, 1991. P. 3)

El Estado Constitucional es desarrollado a partir de la aplicación de una Carta Magna que protege derechos individuales y colectivos, algunos considerados fundamentales según su incidencia en la calidad de vida, teniendo como principio la dignidad humana, luego de entenderse el Derecho “como una disciplina evolutiva que podría albergar dentro de sí, y por el paso del tiempo, leyes llamadas a desaparecer por obsoletas, inadecuadas o injustas”. (Lancheros-Gómez J. , 2009, págs. P. 2-3).

Lo primero que se requiere para que sea posible un Estado constitucional es la existencia de una Constitución rígida que consagre un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales. Es decir, una Constitución escrita cuyo procedimiento de modificación sea más agravado que el de una ley o de cualquiera otra norma de menor jerarquía. Este hecho supone que la Constitución es la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico y, por tanto, que es inmune frente a cualquier intento de modificación o sustitución por cualquier otra. De hecho, todas las demás normas derivan su validez de ella, y ninguna otra tiene mayor fuerza vinculante. (Lancheros-Gómez, 2009, pág. P. 5)

La obligatoria aplicación de las normas constitucionales que pretenden velar por la protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales, se desarrolla desde el artículo 90 de la vigente Constitución Política, donde se establece que el Estado responderá patrimonialmente en caso de ocasionar los daños antijurídicos ya mencionados por acción u omisión de las autoridades públicas, “instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia”, conforme a lo consagrado en el artículo 2 constitucional, dando el cumplimiento pertinente a los derechos contenidos en la Carta Política.

De manera general, aun cuando el Estado no esté vinculado directa o indirectamente con los hechos generadores de perjuicios, existe otro tipo de responsabilidad determinada por la doctrina y la jurisprudencia que de igual manera protege cada una de las garantías individuales.

2. La responsabilidad desde la doctrina.

La definición de responsabilidad ha surtido diferentes debates teóricos a partir de los cuales juristas doctrinantes han construido las diversas teorías que explican sus causas, sus fundamentos y sus alcances. En el intento de definir la responsabilidad, la autora Aurora Besalú Parkinson, enfoca su concepción hacia “*el que responde*”, ya que el

propósito es encontrar un sujeto al cual pueda imputarse un daño previamente ocasionado y dependerá del vínculo existente entre ambos, si es aplicable la responsabilidad contractual o la extracontractual. Uno de los factores a identificar en la imputación atiende al grado de culpabilidad en la actuación, determinados en el Código Civil artículo 63.

Algunos autores plantean elementos esenciales de la responsabilidad, relacionados con la necesidad de que se configure la culpa, el daño o perjuicio y el nexo causal entre la culpa y el daño, en este sentido, en cuanto a la culpa, se puede decir que esta “no es otra cosa que un error de conducta, una falta de actitud que normalmente se precisa según el tipo abstracto de hombre recto y seguro de sus actos” (Colin y H, Capitant, 1957).

Cualquiera que sea el supuesto fáctico, la imputación presupone la identidad del individuo encargado de reparar, indemnizar o compensar patrimonialmente en retribución al perjuicio ocasionado ya sea económico o inmaterial² siempre y cuando sea probado el nexo de causalidad. La comprobación de estos elementos se da a partir de la vinculación directa entre el hecho causante de lesiones y el daño producido, el cual relaciona antecedentes indispensables producto del efecto generado con o sin culpa, de modo que nace la necesidad de establecer cuándo un individuo causa un resultado o simplemente se unieron aleatoriamente varias circunstancias ajenas generadoras de perjuicios.

En materia de responsabilidad es el daño o perjuicio, el fundamento concreto reconocido como una de las fuentes de las obligaciones, tal y como lo consagra el artículo 1494 del Código Civil³, comprendiendo el hecho de inferir “injuria o daño a otra persona”. Es definido en palabras de Fernando Hinestrosa como “la lesión del derecho ajeno consistente en el

² Los daños morales que pertenecen al conjunto de perjuicios inmateriales, son dolores, padecimientos que puedan presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona (...) que justifican una extensión del resarcimiento (...) Para que haya lugar a la reparación del perjuicio, basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. (Expediente 11892, Consejo de Estado, C.P Ricardo Hoyos Duque).

³ Código Civil. Artículo 1494.: Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja” (Hinestrosa, 1967, pág. 529).

El daño será esencial para efectos de imputar responsabilidad al agente estatal, cuando sea antijurídico y de connotación anormal y excepcional que produzca un perjuicio. Así las cosas, se ha reconocido la antijuridicidad del daño, por ejemplo, acreditando lo sencillo que resultaba para el cuerpo médico la actualización del conocimiento en relación con la determinación del diagnóstico correcto, o cuando el error es craso e inexcusable, a todas luces imputable al agente material del mismo. (Lancheros-Gómez, 2009).

En este sentido, la imputabilidad del daño se relaciona con las condiciones circundantes al agente que lo causa y desde lo planteado por el autor Rafael Duran Trujillo, existen tres requisitos que se deben cumplir: que el daño sea i) cierto, ii) actual y iii) directo. “El perjuicio es cierto, cuando aparece consumado y definitivo, efectivo y real en el momento de liquidarse” (Duran, 1957), así mismo, en cuanto a la actualidad del daño, plantea el autor que “el perjuicio debe ser actual y también puede ser futuro, pero debe haber certeza del daño.” (Duran, 1957), no puede ser eventual o hipotético y como tercer requisito, en cuanto a lo directo que debe ser el daño, manifiesta el autor que “el perjuicio debe tener como única causa el incumplimiento del contrato” (Duran, 1957).

Resulta interesante observar el daño o perjuicio desde la perspectiva penal, estudiando las consecuencias jurídicas derivadas de los daños generados en desarrollo, por ejemplo, de la actividad profesional del médico. Se prevé en la Ley 599 de 2000 el tipo penal de lesiones culposas muy comunes en el área de la salud en relación con el bien jurídico de la integridad personal y para determinar los elementos culposos, sustenta la teoría del derecho penal que se tendrán en cuenta tres aspectos: a. Aspecto volitivo: A manera de establecer si la conducta final que iba a realizar el sujeto activo, estaba o no dirigida a ocasionar hechos constitutivos de una infracción penal; b. Aspecto intelectual o cognoscitivo: En este aspecto, debemos no solo analizar lo referente al objetivo que pretendía la realización del tipo imprudente, sino que también debemos agregar aspectos como la capacidad de la persona (física y psíquica), además de su medio social; todo en un estudio ex ante para el reconocimiento integral del supuesto y; c. La actitud del sujeto activo frente al resultado que se representó. (Dietes, 2016).

Por su parte los hermanos Mazeaud plantean una distinción entre los dos tipos de responsabilidad, civil y penal, que a simple vista parecen tener similitudes, el aspecto diferencial lo constituye el sujeto pasivo a quien se le cause el perjuicio. Cuando se afectan intereses privados, siendo procedente una acción civil para conseguir un fallo a favor que preste mérito ejecutivo para obligar al autor responsable a reparar; diferente en la responsabilidad penal cuando se viola el bien jurídico de la fe pública y alcanza a la sociedad, el autor incurrió en una conducta punible que merece sanción.

En parte, la determinación del daño será establecido con relación a la responsabilidad civil endilgada, que puede ser determinada a partir del origen de la obligación de reparar determinado daño, donde por un lado, la responsabilidad civil contractual se puede entender como “aquella que resulta por el incumplimiento total o parcial de la obligación nacida de un contrato” (Madrid, 1994) y por otro, es decir “bien por la violación de las convenciones pactadas en un contrato, bien por violación general del principio de no causar daño a terceros” (Rozo, 1988).

Sin importar la clasificación establecida a un proceso de responsabilidad, en todo caso a partir de un hecho derivado por acción u omisión conductual libre, definido por Luis M. Rezzonico como “acciones u omisiones voluntarias y prohibidas para las leyes” que actuando bajo el concepto de culpa o no, van en contravía de regulaciones legales y por ende cabe la posibilidad de imputar responsabilidad.

Ahora, frente a la relación entre el daño y la acción u omisión del agente, “En términos elementales debe decirse que la relación de causalidad consiste en el vínculo necesario entre un acto culpable y voluntario y el daño que con él se ocasiona, por lo cual su autor está llamado a indemnizar, encontrado en el Código Civil artículo 2341 dicho así: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)”.

Entonces, existirán varios tipos de daño y dada la forma de su confección, unos pueden acercarse en mayor medida a la responsabilidad extracontractual, por constante relación entre el Estado y los particulares, mientras que, en vínculos privados puede observarse la constitución de los daños patrimoniales debido a los incumplimientos de plazos o condiciones: Las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia; primeramente las contractuales son las que debe pagar un

deudor en caso de incumplir lo pactado en un contrato, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento y, en segundo lugar, las extracontractuales que son aquellas que no proceden de un vínculo contractual y tienen su causa en una acción voluntaria o negligente que provoca un daño. Estas segundas, a su vez, pueden proceder de un evento delictivo o de otro no tipificado penalmente. (Marciá, 2011. P. 25)

Cuando se indemniza patrimonialmente por un determinado perjuicio, en razón de la pérdida del contenido económico del sujeto afectado, por provocar una disminución del capital esperado, se denomina daño emergente. Mientras que el lucro cesante consiste en el simple detenimiento de ganancias o utilidades generadas como consecuencia del perjuicio sea relacionado con un incumplimiento contractual o un acto ilícito estatal, comentando Javier Tamayo Jaramillo que no debe confundirse este con perjuicios futuros, asignados en su mayoría en fallos judiciales.

Según precisa la doctrina, corresponde a la disposición comentada entre contratantes ejerciendo su derecho de autonomía para precisar antes de la celebración contractual un análisis, evaluación y riesgos incurridos con el perfeccionamiento, con posibilidad de limitar cualquier circunstancia, pues en caso de actuar con negligencia, imprudencia o dolo, se incumple el contrato y se extiende la posibilidad de demostrar la responsabilidad por perjuicios generados. Esta observación cobra sentido en el sistema jurídico colombiano con el artículo 1616⁴ del Código Civil, comoquiera que, en el marco de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales, los contratantes pueden acoger o modificar en las estipulaciones los parámetros de responsabilidad previstos en el artículo 1616.

Por otra parte, los daños extrapatrimoniales estimados por el *Tratado de la responsabilidad civil, Cuantificación del daño* como aquellos que “inciden en la esfera interna de la persona, una parte “social” que nace de las relaciones de la persona en su ambiente (...) y una parte afectiva constituida por nuestras afecciones íntimas” clasificados desde dos puntos de vista: El primero, por naturaleza del ente afectado, dentro del cual encontramos el daño subjetivo (daño de los sujetos de derechos), que comprende al daño psicosomático (daño biológico y

⁴ Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (...). (Código Civil. Art. 1616).

daño a la salud) y al daño a la libertad (daño al proyecto de vida), en contraposición al cual se encuentra el daño objetivo (daño a los objetos de derecho). El segundo criterio clasificatorio está en función de las consecuencias del hecho dañoso, configurándose así el daño personal. (Jaramillo, 2009. P.19)

Dentro de la doctrina se encuentran modelos de reconstrucción para unificar el concepto jurídico de responsabilidad, los cuales convergen sobre los elementos necesarios para su configuración: el hecho, el nexo causal y el daño patrimonial. El primer modelo que atiende al Unitario será analizado someramente de la siguiente manera: Responsabilidad como reacción y la responsabilidad de Kelsen.

La responsabilidad como reacción surge con el conocimiento de una conducta contraria al ordenamiento jurídico que inevitablemente es considerada infracción, toda vez que las normas previstas contienen una serie de imposiciones relacionadas con los deberes a desarrollar, con el fin último de orientar el comportamiento humano sin generar limitaciones frente al derecho de los demás. Incumplidos los deberes descritos por la autoridad, se genera un reproche jurídico que como consecuencia trae una sanción.

Dentro de esta concepción doctrinal se infieren tres de los elementos clave para la configuración de la responsabilidad, puesto que se parte siempre de un acto generado por un sujeto que dependiendo de su condición en el momento de los hechos sea considerado como “acción u omisión”, trae consecuentemente un daño antijurídico resarcido mediante una sanción, entendiéndose esta más allá de un castigo o constreñimiento por su conducta, como un cumplimiento a la obligación de prevenir las implicaciones gravosas frente a otra persona.

Kelsen en su texto la Teoría Pura del Derecho define la responsabilidad como “la relación del individuo contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido o que un tercero cometiera” de manera que para este autor, la responsabilidad y obligación jurídica definen la conducta contraria del acto antijurídico, sin embargo, la responsabilidad está sometida a sanción y aparece como una situación normativa que enlaza al sujeto sancionado con el deber de reparar el daño producido. El carácter de responsable según Hans Kelsen surge por una acción, propia o ajena, tiene entonces una vinculación estrecha con la idea de sanción: es responsable por una conducta quien en virtud de una norma

puede ser sancionado por la realización de dicha conducta, no sin mencionar que para este doctrinante existen seis tipos de responsabilidad: directa e indirecta, individual y colectiva, y por culpa y resultado.

El segundo modelo proporcionado por la doctrina sobre la responsabilidad es el Plural, que apoya la disgregación del concepto en diferentes sentidos y significados. Por ejemplo, para Carlos Santiago Nino la responsabilidad es derivada de un rol desempeñado de manera conjunta o individual, teniendo de presente que este desempeño obliga necesariamente a responder por el incumplimiento de las actividades realizadas fuera del margen de normalidad.

Responsabilidad, puede ser percibido desde la simple relación causal como ha sido descrito hasta el momento, donde en toda relación entre un hecho trae consigo unas consecuencias negativas para ambas partes, ya sea por el deber de indemnizar o por ser el sujeto pasivo de los daños antijurídicos. Al respecto, en primer lugar, Hart señala que este sentido de responsabilidad se usa tanto en relación a actos humanos, como en situaciones provenientes de la acción de animales, o de una cosa o fenómeno. Esto se relaciona con la responsabilidad derivada del estado mental definido por Antonio Fernández Fernández en relación con el sujeto, porque para su configuración se requiere “un sujeto de obligaciones y derechos, por lo tanto la responsabilidad es necesaria para determinar si puede ser sancionable la persona responsable” (Fernández, P. 105) constituyendo a la capacidad como un nuevo elemento para la responsabilidad, y una vez se pruebe la existencia de conciencia sobre los actos, será imputable el daño causado a título de culpa, dolo o negligencia.

La imputación corresponde a la definición de responsabilidad sancionatoria, siendo el Estado quien tiene la potestad de proteger los principios que rigen las actuaciones administrativas y por la cual se adecúan las infracciones legales correspondientes. Sin embargo, para Hart y su doctrina indica que: No toda responsabilidad tiene sanción y no toda sanción viene de una conducta propia que le haya generado una responsabilidad y da el ejemplo de la responsabilidad indirecta donde el responsable de la conducta es una persona diferente al que es sancionado, como es el caso del menor de edad, en el cual su padre será quien sea sancionado, por lo que la capacidad en este caso es lo que genera la responsabilidad o la incapacidad genera la ausencia de responsabilidad, (Fernández, P. 106).

3. La responsabilidad desde la jurisprudencia.

A partir de la construcción teórico-jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se han establecido los criterios para la determinación de la responsabilidad civil, la cual se puede configurar tanto a nivel contractual como extracontractual, siendo determinante para ello los alcances obligacionales desarrollados por las partes en el vínculo jurídico. Lo anterior significa que las altas Cortes proponen la teoría dualista de responsabilidad donde cada una tiene un tratamiento diferente, autónomo e independiente.

La responsabilidad civil debe analizar el vínculo creado por los sujetos relacionados en razón a que la declaración de voluntades será un aspecto determinante para formular el alcance de las obligaciones frente a los inconvenientes que se presenten a cada uno de los extremos y dependiendo de ello, también se establece una distinción con los efectos que genera la autonomía.

Dentro de la responsabilidad civil contractual se pone en contexto su principal diferencia, al repercutir en la ejecución imperfecta o inexecución de una obligación estipulada previamente en un contrato, se tiene prueba pertinente para la acreditación del incumplimiento contractual que genera los perjuicios previstos. Mientras que, en una relación extracontractual surge de un imprevisto.

Respecto a estas definiciones, la Corte Suprema de Justicia en el año 1999 reconoció los conceptos al manifestar que: La responsabilidad llamada “contractual”, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios. (Expediente 5099, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P Humberto Antonio Sierra Porto).

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que el aspecto más importante para la configuración de la responsabilidad es el aspecto culposo dispuesto en el Código Civil artículo 2341⁵, donde determina que el deudor incumplido es responsable por no ejecutar a favor del acreedor la prestación debida. El deudor será entonces responsable de su culpa, la cual se presume, y deberá indemnizar al acreedor los perjuicios directos que se previeron o debieron preverse al momento de celebrar el acto jurídico.

Según la Sentencia C – 1008 de 2010, el direccionamiento que tiene la reparación del daño según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado, incluye los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, buscando un orden equitativo y responsable para su compensación. Lo anterior reposa en la noción de daño jurídico planteado por la Sentencia C- 644 de 2011 entendido como “perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, de manera que emerge la obligación reparatoria del Estado con independencia de si el proceder del agente estatal es lícito o no” (Sentencia C-644, Corte Constitucional, M.P Jorge Iván Palacio Palacio).

Uno de los aspectos precisados por la Corte Constitucional frente a la responsabilidad, atiende a la posibilidad de adoptar medidas proporcionales a evitar el daño generado, accesibles con facilidad si son precisadas las implicaciones en un contrato, convirtiéndose el generador del hecho en deudor diligente por el incumplimiento de lo pactado. En caso contrario, se estará en presencia de un daño imprevisible.

Por otra parte, manifiesta la jurisprudencia que la responsabilidad extracontractual surge de un suceso inesperado, de una causa accidental entre dos personas donde por mandato legal, se deriva de una fuente de obligación resarcitoria generada por mandato legal. Sobre el particular señala que: como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño

⁵ El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

y relación de causalidad entre aquella y este. (Sentencia C-1008, Corte Constitucional, M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

Si bien fue planteado el alcance de los daños antijurídicos, en el ámbito extracontractual en donde el Estado hace parte del nexo causal ya sea por la acción u omisión de autoridades públicas, es menester que bajo la responsabilidad imputada al órgano estatal en cuestión, este realice las condiciones resarcitorias siempre que concurren los elementos mencionados en la Sentencia C – 619 de 2002: (i) Ocurra un daño antijurídico o lesión, (ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público y (ii) exista una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del ente público; ampliándose de este modo el espectro de la responsabilidad estatal al superar el postulado inicial de la falla en el servicio (...) (Sentencia C- 619, Corte Constitucional, M.P Rodrigo Escobar Gil).

Siguiendo la jurisprudencia especializada, la previsibilidad de un perjuicio se encuentra en la posibilidad que tiene un deudor diligente de haberlo contemplado anticipadamente el efecto del incumplimiento de lo pactado en el contrato; contrario sensu, si falta dicha característica se estará en presencia de un daño imprevisible. Al respecto la jurisprudencia ha indicado: Estos perjuicios directos se clasifican (...) en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros solo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento de sus obligaciones y de (...) tanto los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo. Todo lo anterior no sin antes notar la concurrencia entre el daño, la imputación y el nexo causal debidamente acreditado, pues si bien son necesarias para la configuración de la responsabilidad, un mecanismo de defensa estatal mencionado por la Corte Constitucional en su Sentencia SU 449 de 2016, corresponde a la “comprobación de una causa extraña, como: **(i)** el hecho exclusivo de la víctima, **(ii)** la fuerza mayor, o **(iii)** el hecho exclusivo y determinante de un tercero, advirtiéndose que en estos eventos el caso fortuito no constituye causal de exoneración”. (Sentencia SU 449, Corte Constitucional, M.P Jorge Pretel Chaljub).

4. Tipos de responsabilidad.

Cuando estamos frente a la responsabilidad, necesariamente se debe hacer mención al concepto de responsabilidad civil, acudiendo a Savatier quien la define como “la obligación que puede incumbir a una persona de reparar el daño que ha causado a otra por su hecho o por el hecho de las personas o de las cosas dependientes de ella” (Savatier en Montoya, M, 1977, pág. 14), definición que deja de presente el daño padecido por un individuo sin tenerlo previsto, y a su vez la obligación de reparar o satisfacer la pérdida causada. En ese sentido, el fin de mayor relevancia para la responsabilidad es la compensación o indemnización económica, o material en casos estatales, por corresponder esta finalidad a un propósito esencial de la Carta Magna en favor de los particulares y sus garantías constitucionales de proteger bienes jurídicos determinados.

Por regla general, la responsabilidad civil atiende al tipo subjetivo que viene dado por el hecho de la culpabilidad del autor, lo que se determina en esta imputación, basada en la actuación con negligencia, imprudencia o impericia y surge ante un acto antijurídico que causa un daño que ha de ser reparado. Frente a esta visión de la responsabilidad civil subjetiva, es posible entenderla como una reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción de este. De modo que, con independencia y sin perjuicio de la finalidad reparadora, se atribuya a la responsabilidad civil subjetiva una función preventiva y de refuerzo de los deberes de conducta impuestos por dicho Ordenamiento.

Si la responsabilidad civil subjetiva, aunque de forma muy tenue, manifiesta un reproche, habrá de exigírsele la culpabilidad, como consecuencia de la agencia moral del individuo, presupuesto éste absolutamente necesario para la imputación de la responsabilidad. Por otro lado, la responsabilidad objetiva es independiente y autónoma de la culpa, por tratarse en su mayoría de ámbitos de actividades riesgosas.

Lo relevante para establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida y el daño. No es necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente. De ese estudio NO depende que se indemnice o no el perjuicio. Para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la realización de una acción o la omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño. (Irisarri, 2000. P. 24)

Este sistema se caracteriza por prescindir del requisito de la infracción como punto de partida y en las características se evidencia en que generalmente se impone este sistema

en la regulación de actividades perfectamente legales que reportan un beneficio a la sociedad, estableciéndose como indemnizable cualquier daño, aunque provenga de un acto perfectamente normal. Por su parte, la segunda característica es fácilmente comprobable, ya que el único requisito que se exige es la existencia de la relación de causalidad entre el acto y el daño, y la satisfacción de las condiciones de imputación objetiva.

El concepto de culpa se adecúa a la responsabilidad donde actúen particulares en servicios públicos porque es importante administrar idóneamente los recursos del Estado, e incluso en las relaciones contractuales se puede establecer por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar. Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basada en la teoría subjetiva o teoría clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos, a saber: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño. Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo. (Irisarri, 2000. P. 23)

Sin embargo, por excepción la responsabilidad puede ser objetiva, como ocurre, entre otros, en los siguientes casos: 1º) Responsabilidad por ruina originada en un vicio de construcción (arts. 2351 y 2060 del C.C.); 2º) Daños causados por animal fiero (art. 2354 del C.C.); 3º) Responsabilidad por daño causado por una cosa que cae de un edificio (art. 2355 del C.C.); y 4º) Daños causados como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa (existe presunción de culpa, según el art. 2356 del C.C.).

Adecuando los conceptos de responsabilidad mencionados someramente en el desarrollo de este capítulo, se encuentran dos clasificaciones determinadas por el tipo de relación que se lleve a cabo entre los sujetos. Si los hechos que generan el perjuicio se dan bajo convenios realizados por las partes en razón a la manifestación de voluntades, la esfera donde se desarrolla la responsabilidad es contractual, mientras que la responsabilidad extracontractual es producida por imprevistos que trasgreden precauciones legales para evitar los daños antijurídicos.

Es preciso señalar algunas diferencias entre los dos tipos de responsabilidad planteadas por la Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM⁶ que permite observar la obligación derivada de cada tipo, así como sustenta aspectos de su naturaleza y resultados de la acción. La voluntad de incumplir se concibe en forma distinta en ambos casos: b) En las dos figuras, la gravedad del incumplimiento se aprecia en forma distinta: c) La carga de la prueba es distinta en uno y otro caso ya que en la contractual, la culpa se presume por lo que el acreedor sólo tiene que probar el incumplimiento del contrato y en la delictuosa, el acreedor soporta la carga de la prueba del incumplimiento inconsciente; d) Los daños y perjuicios en la responsabilidad delictual se aprecian mucho mejor que en la responsabilidad contractual. (Juridicas UNAM, 2000, pág. 25).

En ese sentido, es válido precisar una característica de la responsabilidad contractual y es la posibilidad de acordar en el contrato unas cláusulas accidentales, garantistas de la indemnización en caso de presentarse circunstancias inesperadas que causaran un desequilibrio en la relación jurídica y, por ende, un daño antijurídico en el cual deben concurrir los demás elementos. Dicho en palabras de doctrinantes, la responsabilidad civil contractual se puede entender como “aquella que resulta por el incumplimiento total o parcial de la obligación nacida de un contrato” (Madrid, 1994) o como dirían los tratadistas Gustavo Ordoquí y Ricardo Oliviera, es 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” (Ordoquí, Oliviera, 1974. P. 47) y por otro, es decir “bien por la violación de las convenciones pactadas en un contrato, bien por violación general del principio de no causar daño a terceros” (Acosta, 2010).

Frente a la responsabilidad extracontractual cuando en esta interviene un particular en ejercicio de sus funciones públicas o directamente un órgano estatal, el tratadista Marienhoff coincide con la descripción del apareamiento de la responsabilidad del Estado que parte de un ente absolutamente irresponsable en el ejercicio de su poder público, hasta llegar a un Estado que es directamente responsable por las acciones de sus agentes. En cuanto a los tipos de responsabilidad civil extracontractual, esta es enmarcada en el aspecto objetivo descrito anteriormente el cual prescinde de la culpa, de manera que los casos

⁶ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/5.pdf>

frecuentemente presentados durante el ejercicio de las funciones públicas pueden incurrir en:

- Responsabilidad civil extracontractual **por hechos propios**. En este sentido es preciso nuevamente considerar el Art. 1902 ,Código Civil, que establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". En este sentido, se podrían distinguir, adicionalmente:
 - ✓ Responsabilidad objetiva: deriva de la relación de causalidad existente entre la actuación del agente y el daño producido, al margen de la actuación dolosa o culposa del mismo.
 - ✓ Responsabilidad subjetiva: la responsabilidad se genera a consecuencia de la actuación dolosa o culposa del agente productor del daño.
- Responsabilidad civil extracontractual **por hechos ajenos**. Tal y como establece el Art. 1903 ,Código Civil, la obligación contemplada en el Art. 1902 ,Código Civil es exigible no sólo por los actos u omisiones propios.

También es administrativa la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, por los perjuicios que cause a una persona determinada. Esta última puede ser de carácter subjetivo (cuando se trata de analizar la conducta de los agentes o servidores públicos) u objetivo (de la entidad estatal respectiva, en caso de falla en el servicio; o de la comisión de un error judicial; o por la privación injusta de la libertad; o de responsabilidad por riesgo en el ejercicio de actividades peligrosas). Se llama responsabilidad administrativa a aquella que surge de la comisión de una contravención administrativa y que es exigible por una entidad estatal por ejercer funciones de inspección, vigilancia y control dentro de un sector de la economía también determinado (el de las sociedades comerciales, el de las instituciones financieras, el de las cooperativas, el de las cajas de subsidio familiar, el de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, etc).

Según lo mencionado en esta descripción de la responsabilidad, es factible que en determinado vínculo sustancial concurren desde el punto de vista civil, penal y administrativo en una sola conducta sin violar el principio del "non bis in ídem" ("nadie podrá ser sancionado dos veces por un mismo hecho"), el cual resulta ser plenamente aplicable al campo de las contravenciones administrativas por hacer parte del Derecho sancionatorio o punitivo.

5. Responsabilidad patrimonial

En materia de responsabilidad patrimonial, Colombia ha seguido los pasos de culturas jurídicas de corte civilista como la francesa, que concibe la responsabilidad como un mecanismo esencialmente indemnizatorio frente al daño sufrido por la víctima, con lo cual se adopta una postura resarcitoria con respecto al fenómeno del daño patrimonial. Al respecto, es fundamental resaltar que la muy reducida normatividad vigente relativa a la regulación de la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ubicada principalmente en el Código Civil, gira en torno -aparentemente- de la noción de reparación del daño. Este aspecto permite recordar que para el Estado colombiano en desempeño del Estado Social de Derecho se deben establecer ciertos mecanismos que salvaguarden los derechos y garantías patrimoniales individuales frente a las relaciones que este mantenga, ya sea entre particulares o con funcionarios del poder público una vez realice actividades u omisiones de manera libre derivadas en el daño a la órbita patrimonial o interna de una persona.

Por lo anterior, el actual régimen constitucional establece la obligación jurídica de respetar la esfera personal de cada individuo y si esta llegase a ser afectada, entonces surgen premisas de carácter resarcitorio y compensatorio. Configurada la responsabilidad, se origina un traslado patrimonial del Estado en favor de la víctima, perjudicado u contraparte debido a que: La Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente. (Sentencia C - 644 de 2011, Corte Constitucional, M.P Jorge Iván Palacio Palacio)

En la misma sentencia se plantea claramente dos requisitos para que opere la responsabilidad que de igual forma está regulada en el artículo 90 numeral 1 constitucional, concurriendo el daño antijurídico causado a un individuo, que este perjuicio sea imputable al Estado debido a la relación de causalidad material entre ambos.

En efecto la sentencia C-892 de 2001 establece los requisitos para la configuración de la responsabilidad mencionada: una acción u omisión de una entidad pública, un daño

antijurídico, y una relación de causalidad material entre el primero y el segundo. En ese mismo sentido, la sentencia C-338 de 2006 señala que: “La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta cuando se produce i) un daño antijurídico que le sea imputable, ii) causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y iii) existe una relación de causalidad entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente público”.

En el caso de la jurisprudencia del Consejo de Estado se destaca que de manera general, se proponen en estos casos dos requisitos, que se describen de la siguiente forma: “Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política, la cláusula general de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo”. (Sentencia 1997-03572-01, 2012)

Para la Sala, la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado requiere para su demostración básicamente: “la existencia de un daño antijurídico, causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, que le sea imputable al estado, y donde exista una relación de causalidad entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente público, que es de la que se desprende la imputabilidad estatal.” (Sentencia C-957, Corte Constitucional, M.P Clara Inés Vargas Hernández). Siguiendo esta pauta, se ha dicho que la responsabilidad patrimonial es “la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima” (Le Tourneau, 2004, p. 21).

De lo anterior se colige que más allá del objeto que persigue la responsabilidad -que en apariencia no es otro que dejar indemne a la víctima-, la misma se erige como una relación entre individuos, en la cual se “importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento.

El segundo elemento que constituye la responsabilidad patrimonial del Estado es la imputabilidad del daño, imputación que debe ser fáctica y jurídica. Al respecto la Corte Constitucional señaló: “es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’

distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”. (Corte Constitucional 1996).

Se evidencia que no cualquier conducta trae consigo la condena por daño punitivo, para que el mismo se configure, se requiere de una particular subjetividad en la conducta del autor del hecho dañoso, por lo que conceptos como la negligent misrepresentation (Alpa, 2006, p. 834) (declaración culposamente falsa) quedan por fuera del radio de movilidad de esta figura, en la cual, solo resulta viable una gross negligence (Negligencia grosera) sin llegar al punto de una criminal negligence (negligencia criminal) la cual es una negligencia tan extrema que solo es imputable dentro del marco de la ley penal.

En palabras de la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993), se establece que “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”. Bajo esta perspectiva vigente dentro de nuestro sistema jurídico, se requiere una “razón suficiente” que sustente la necesidad de indemnizar, tal y como lo explica Reglero (2005): [...] puede afirmarse que quien pretende una reparación por los daños que le ha causado otra persona, necesita fundamentar su pretensión en una razón suficiente que le legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria e indigna de protección jurídica, puesto que la imposición de una obligación de indemnizar supone una intromisión en la esfera de la libertad y del patrimonio del obligado (p. 2).

Por otra parte, el nexo de causalidad es definido por el Consejo de Estado cuando ha señalado: “El elemento de responsabilidad Nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico.” (Consejo de Estado 2002). En otros términos, la función de esta responsabilidad es punir graves conductas antijurídicas a través de medidas retributivas ya sean económicas o materiales, y esto permite regular las conductas sociales mediante la imposición de una sanción al culpable con el fin disuadirlo para evitar futuras reincidencias que puedan llegar a atentarse contra una colectividad determinada o el individuo mismo si se trata de un vínculo contractual.

Cabe mencionar que la responsabilidad patrimonial se encuentra regulada, y sus criterios a concurrir para lograr la configuración también son analizados con detenimiento, pues el objetivo de esta disposición no es otro que compensar, a diferencia de lo que podría pensarse sobre el enriquecimiento sin causa por una causa ocasional. Por medio de dos situaciones en las cuales se establece la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, se demostrará la concurrencia de los elementos descritos hasta el momento, siendo el más importante el daño antijurídico pues este criterio determinará la tasación pecuniaria del perjuicio.

6. Falla del servicio.

Este sistema por mucho tiempo ha sido considerado como el régimen común de Responsabilidad Estatal por la constante presentación de casos con diferentes circunstancias en el Consejo de Estado, y consiste en la producción de un daño antijurídico en la mayoría de casos por omisión de los deberes públicos, o en medio de su actuación incurre en una conducta mal elaborada. En otras palabras, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado. Al igual que los demás títulos de imputación de responsabilidad, es necesario que se integre el nexo causal del suceso, acreditando i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

Para mencionar la trascendencia e implicaciones de esta responsabilidad, se debe mencionar el Fallo Tinjacá⁷ en razón a que constituye un referente en la aplicación de la falla del servicio. En esta oportunidad los actores son Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el municipio de Bogotá, donde realiza un bosquejo ya precisado anteriormente de la responsabilidad al explicar la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado y público. Así, se estableció que en lo atinente a responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público, la tesis que debe aplicarse es la de falla del servicio público o culpa de la administración, fundamentada en el artículo 2341 del Código Civil y en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 “porque entre los deberes sociales del Estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de

⁷ Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de Junio de 1962.

cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño”. Según el fallo, las principales características de la falla del servicio son las siguientes: “No es importante, al momento de analizar la responsabilidad, la culpa personal del agente, puesto que ésta es reemplazada por la noción de falla del servicio. Por tal razón no es necesario, al momento de pretender una indemnización, probar la acción u omisión del agente, pues para ello sólo se necesita la prueba de la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público”. (Corte Suprema de Justicia, 1962)

Hay presunción de culpa de la persona jurídica estatal, debido al deber primordial impuesto por la Constitución en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios públicos; los requisitos que la víctima debe demostrar son la falla del servicio y el daño sufrido por la víctima. Para Catalina Irisarri en su publicación el daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano, define la falla del servicio como, “El hecho dañoso causado por la violación del contenido obligacional a cargo del estado, contenido obligacional que se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el estado, o de la función genérica que tiene el Estado y se encuentra consagrada en la Constitución Política (Irisarri, 2000. P. 32).

Es posible determinar del párrafo anterior que a raíz de la culpabilidad, surge la falla probada del servicio por medio de la puesta irregular en el actuar público que significa acreditar la actuación, el daño y el nexo causal, es preciso evidenciar un Estado alejado de criterios señalados por ley para el buen servicio público y por el contrario, se muestra como vulnerador de derechos.

La Sala examina enseguida los requisitos que el Consejo de Estado ha establecido para la prosperidad de la excepción denominada “hecho del tercero”. Esta Corporación se ha manifestado en diversas ocasiones sobre esta figura, como una causa extraña que exonera de responsabilidad a la entidad demandada y para tal efecto ha determinado algunas exigencias, a saber: (i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurren en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para

reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención. (ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado. (iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, “sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.

7. Daño especial.

Este tipo de imputación de responsabilidad se presenta cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los administrados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad.

Se fundamenta esta teoría del daño especial en que los asociados por el simple hecho de vivir es sociedad deben soportar las cargas que implica el funcionamiento del aparato estatal cargas que son iguales para todos los administrados, (por eso se habla de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas). Pero cuando dichas cargas ya no son iguales, cuando el equilibrio se rompe y ese principio de igualdad se pierde así sea por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio y esto se logra a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados (Irisarri, 2000. P. 39)

Jaime Vidal Perdomo⁸, manifiesta que se fundamenta esta teoría del daño especial en que los asociados por el simple hecho de vivir en sociedad deben soportar las cargas que implica el funcionamiento del aparato estatal cargas que son iguales para todos los administrados, (por eso se habla de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas). Pero cuando dichas cargas ya no son iguales, cuando el equilibrio se rompe y ese principio de igualdad se pierde así sea por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio y esto se logra a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados. Sobre este punto manifiesta Santiago Díazgranados Mesa: Es normal y además necesario que el Estado imponga a los administrados determinados sacrificios y restricciones a sus derechos, para asegurar su adecuado funcionamiento. Para que un Estado exista, sobreviva y se desarrolle, es esencial que todos los asociados le cedan una porción de sus libertades; pero las incomodidades que ello implica, que, repito, se justifican para la consecución de los fines estatales, deben distribuirse entre todos por igual, de tal manera que no resulten más gravosas para unos, pues, el imperio de la justicia así lo demanda. (Díazgranados, 2001. P. 10)

Una sentencia en las cuales se analiza el elemento del daño es proferida el 29 de abril de 1994⁹ donde son causados por ataques del grupo insurgente al margen de la ley ELN que genera inmediatamente en enfrentamiento armado con el ejército nacional. De allí que inevitablemente se pusiera en riesgo la vida de aquellas personas que transitaban por las calles para ese entonces. Por razones lógicas, la respuesta militar del Estado es justificada toda vez que el propósito del ejército y la fuerza pública en general es mantener el orden público y proteger la seguridad de los ciudadanos, sin embargo, terminan causándose perjuicios inmateriales no obligados a soportar. De igual manera también es posible determinar el vínculo extracontractual por la intervención estatal en el daño grave y desproporcionado que sufre el actor, donde se acusa de un perjuicio causado al margen de la ley, y no solo por actuaciones excesivas.

Frente a estos sucesos, el Estado se encuentra en el derecho de probar el rompimiento del nexo causal a través de mecanismos judiciales, donde puede alegar la exclusión de responsabilidad porque en vista de que la actuación estatal es legítima, no fueron estos los

⁸ Vidal, 2000: 225

⁹ Consejo de Estado. S.C.A. Sección tercera.

motivos que desplegaron el daño antijurídico sino la concurrencia de una causa extraña como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima quienes lo causaron. En la responsabilidad extracontractual por daño especial, dos son los factores esenciales que deben siempre coexistir entonces: la plena o absoluta legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas. Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual, demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen.

Todo lo anterior, esboza en términos generales lo que es la responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de brindar un contexto claro y descriptivo, para proceder en el capítulo siguiente a abordar aspectos más especializados y profundos de la responsabilidad, aplicados en lo que respecta a la responsabilidad del Estado por la actividad de las EPS.

Referencias bibliográficas:

Colin y H, Capitant. (1957). En R. Duran, Nociones de responsabilidad civil. Bogotá D.C: Temis.

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). Artículo 2 [Título I]. Trigésima tercera edición. Ed. Leyer.

Díazgranados, S. (2001). Responsabilidad del Estado por daño especial. Bogotá, D.C.

Duran, R. (1957). Nociones de responsabilidad civil. Bogotá D.C. : Temis

Irisarri, C. 2000. El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. Bogotá, D.C.

Jaramillo, E. 2009. Los daños extrapatrimoniales en el Derecho Civil Colombiano. Bogotá D.C.

Jaramillo, I. La Superintendencia Nacional de Salud, la Descentralización y la reforma de la Seguridad Social en Salud en Colombia.

Lancheros-Gómez, J. (2009). Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. España.

Madrid, M. (1994). Diccionario básico de términos jurídicos. Bogotá D.C.: Legis.

Marcía, R. 2011. La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Revista de responsabilidad civil y seguro.

Ordoqui, Gustavo y Oliviera, Ricardo. Derecho extracontractual. Compendio de Responsabilidad extracontractual. Vol. 2. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, , 1974

Sentencia C- 619 (Corte Constitucional, 08 de agosto de 2002)

Sentencia C- 644 (Corte Constitucional, 31 de agosto de 2011)

Sentencia C-617 (Corte Constitucional, 08 de agosto de 2012).

Sentencia SU 449 (Corte Constitucional, 22 de agosto de 2016)