

Teoría del Riesgo Conflicto en la jurisprudencia del Consejo de Estado i
y comentarios a su aplicación en la sentencia del 25 de mayo de 2017 del
Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira.

Juliana Montoya Vélez.

Universidad EAFIT.

Pregrado de Derecho.

Escuela de Derecho.

Medellín

2018.

**Teoría del Riesgo Conflicto en la jurisprudencia del Consejo de Estado
y comentarios a su aplicación en la sentencia del 25 de mayo de 2017 del
Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira.**

Juliana Montoya Vélez.

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Asesor:

SIMÓN GIRALDO OSPINA

ABOGADO ESPECIALIZADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y
RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Universidad EAFIT.

Pregrado de Derecho.

Escuela de Derecho.

Medellín

2018.

Nota de Aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, abril de 2018

Dedicatoria

A Samuel, que aprendió conmigo durante la elaboración de este trabajo, y me acompañó de manera constante y silenciosa.

Agradecimientos

v

Quiero agradecer a mis papás por la paciencia infinita durante esta etapa, que al igual que las anteriores en mi vida, estuvo llena de retos, aprendizaje y momentos difíciles que hacen de su culminación un hecho más satisfactorio aún.

En el año 2014, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Riohacha declaró responsable a la empresa PROMIGAS S.A E.S.P, junto con el Ministerio de Minas y Energía, por los perjuicios sufridos por parte de un grupo de ciudadanos, a causa de la acción terrorista que perpetró el grupo FARC, consistente en la explosión del gasoducto Ballenas-Barranquilla en octubre de 2001.

El fallo se fundamentó en que los dos demandados eran responsables bajo el título de imputación de Riesgo Conflicto, una especie del Riesgo Excepcional. Sin embargo, el fundamento de la imputación radicó, entre otros argumentos, en que PROMIGAS se beneficiaba del transporte de gas, confundiendo los elementos del riesgo conflicto con elementos de otros riesgos que también son especie del Riesgo Excepcional. (beneficio, peligro, álea).

Esa indebida motivación e imprecisión de los elementos diferenciadores de los riesgos desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, conllevó a que la empresa Promigas S.A. E.S.P. interpusiera recurso de apelación ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, quien incurrió en los mismo errores que el A-Quo, conllevando a desconocer la calidad de los demandados, es decir si eran personas de derecho público o privado, y con ello, que no tuviera en cuenta los eximentes de responsabilidad que cada demandado podía hacer valer dentro del proceso.

Con el presente artículo, se buscó determinar el ámbito de aplicación, así como los sujetos pasivos del denominado título de imputación “riesgo conflicto”, para determinar si éste era el realmente aplicable al caso y si la decisión tomada por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira se ajustó al desarrollo jurisprudencial que había al respecto. Para lo anterior, se estudiaron los fallos existentes del Consejo de Estado sobre la materia, y la construcción que el mismo ha realizado al respecto.

Se concluyó, de manera clara, que las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, fueron fundamentadas en un uso equivocado de los títulos de imputación, y que por tanto, no era la empresa “PROMIGAS” la llamada a reparar a las víctimas del atentado terrorista.

On 2014, the Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Riohacha declared company PROMIGAS S.A E.S.P responsible, along with the Mine and Energy Ministry, for the damages caused to a group of citizens by the terrorist action perpetrated by FARC group, in which the gas pipeline named Ballenas-Barranquilla was exploded on October 2001.

The court decision was founded on the fact that the two defendants were responsible under the accusation known as “riesgo-conflicto” (conflict risk), a form of exceptional risk. However , imputation grounded on the fact that, at the judge consideration, PROMIGAS benefited from the gas transportation, mixing the two imputation titles (conflict risk and benefit risk) that belong to the exceptional risk.

That undue motivation, and vagueness on the due differentiation of the risks developed by the Consejo de Estado jurisprudence, led to PROMIGAS to appeal the court decision to a higher instance, in this case the Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, who fall into the same mistakes tan the A-Quo, leading to ignore the status of the defendants, that is them being public or private entities, which will lead to responsibility exemptions that could be applied in the court process.

With the present article, it was intended to determine the application sphere, along with the passive subjects of the imputation title known as conflict risk, to determine if it was the specific one to apply in the case, and if the court’s decision was taken based on the jurisprudence of the Consejo de on the matter.

It was concluded, that the decisions made on both instances, were grounded on a wrong imputation tiles, and therefore it wasn’t PROMIGAS the one to repair the damages suffered by the victims of the terrorist attack.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	1
Capítulo 1 Ubicación Conceptual del Riesgo Conflicto	3
1. Fundamentos de La Responsabilidad del Estado en el Marco del Conflicto Colombiano.	3
2. Régimen Subjetivo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.	5
3. Régimen Objetivo de la Responsabilidad Extracontractual Del Estado	9
3.1 Daño especial y riesgo excepcional.	10
3.1.1. Daño Especial	10
3.1.2. Riesgo Excepcional o creado	14
Capítulo 2.....	18
Desarrollo Conceptual y Jurisprudencial del Riesgo Conflicto.....	18
1. Nacimiento y desarrollo jurisprudencial del Riesgo Conflicto.....	18
2. Concepto y elementos diferenciadores de otros títulos de imputación por riesgo (Riesgo beneficio, riesgo alea y riesgo peligro).....	31
2.1. Riesgo Álea.....	31
2.2. Riesgo Peligro.....	32
2.3. Riesgo Beneficio.....	34
3. Eximentes de responsabilidad.....	38
Capítulo 3.....	42

Análisis de la Sentencia del Tribunal.....	42
1. Antecedentes del caso.....	42
2. Críticas a la sentencia.....	43
Conclusiones.....	51
Bibliografía y Normatividad.....	59

La jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la Responsabilidad Extracontractual del Estado ha tocado diversos temas de la vida nacional. En efecto, a través de sus pronunciamientos, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha establecido parámetros claros sobre el régimen de responsabilidad aplicable por la prestación de servicios médicos por parte de instituciones públicas como las Empresas Sociales del Estado – ESE-, las responsabilidades de la Administración por el mantenimiento de las vías públicas o la responsabilidad en que incurren los jueces por una indebida administración de justicia, entre otros eventos del panorama nacional.

El conflicto interno armado que ha sufrido el país desde hace varias décadas, no ha escapado al análisis del Alto Tribunal, bajo la óptica de la responsabilidad aquiliana. Ciertamente, en los últimos años, se ha desarrollado una jurisprudencia encaminada a definir, de manera clara, un título de imputación bajo el cual se pueda resolver aquellos casos en que los ciudadanos se han visto afectados por eventos relacionados con atentados de grupos armados al margen de la ley que convergen en el marco del conflicto. Dicho título de imputación ha sido denominado por el Consejo de Estado como el “Riesgo Conflicto”.

Con el presente artículo se pretende hacer un análisis de dicho título de imputación, estableciendo su lugar dentro de los regímenes de responsabilidad –subjetivo u objetivo- y, diferenciarlo de otros títulos de imputación enmarcados en el Riesgo Excepcional. A partir del anterior análisis, estudiaremos una sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira, con la

finalidad de establecer si dicha Corporación aplicó de manera adecuada la 2
jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado sobre el “Riesgo Conflicto”.

La motivación del presente análisis radica en la gran cantidad de casos que pueden resolverse bajo este título de imputación y, por tanto, un debido entendimiento y aplicación del mismo, son necesarios para brindar seguridad jurídica y protección a todos aquellos sujetos inmersos en dichos casos, definiendo las posiciones jurídicas que pueden asumir dentro del proceso para la defensa de sus derechos.

Ubicación Conceptual del Riesgo Conflicto

1. Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco del conflicto colombiano.

Para empezar el análisis que compete el presente trabajo, es importante hacer una esquematización de la responsabilidad extracontractual del Estado, que encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política Colombiana, como lo resalta el doctrinante Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su tratado de derecho Administrativo:

“(...) (L)a responsabilidad del Estado de derecho comprende igualmente al Estado y sus organismos. En este sentido el artículo 90 constitucional en su inciso 1º, establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. En este sentido se observa que para que exista materialmente el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano se requiere de la presencia articulada de tres claros elementos: la acción u omisión de unas autoridades, un daño o daños de carácter antijurídico, y una inevitable relación de causalidad entre la acción u omisión de las autoridades públicas y los daños antijurídicos que generan obligaciones de carácter patrimonial del Estado.

...”(pp. 372-373).

Como se pudo observar, a grandes rasgos, los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden resumir en: i) daño antijurídico, ii) una acción u omisión de la administración o sus agentes, y iii) un nexo causal entre el primer y el segundo elemento.

En el marco del conflicto armado que ha vivido Colombia desde hace más de 4
cinco décadas, el Consejo de Estado no solo ha desarrollado el concepto de Responsabilidad de
la Administración por daños antijurídicos causados en el desarrollo de sus operaciones
cotidianas¹, sino también por aquellos producidos como consecuencia del cotidiano
enfrentamiento entre actores armados estatales y aquellos al margen de la ley.

La Constitución Política, en sus artículos 2 sobre los fines esenciales del estado y el deber
de protección a los ciudadanos, 189 sobre las obligaciones del Presidente de la República y sus
funciones como jefe de Estado, 217 sobre las fuerzas militares y la defensa de la soberanía como
función principal, 303 y siguientes sobre gobierno municipal procuró reforzar la obligación de

¹ Al respecto, véase en casos de accidentes con armas de dotación, la sentencia del Consejo
de Estado, sección tercera. (13 de septiembre de 1991). Expediente de sentencia No. 6453. [M.P Daniel Suarez
Hernández]. De igual forma, sobre la responsabilidad del Estado por la Administración de Justicia, se pueden
consultar las siguientes sentencias: (i) Por privación injusta de la libertad, la sentencia de unificación jurisprudencial
del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernán Andrade Rincón (E). (ii) Por
error judicial, puede consultarse la sentencia del 30 de mayo de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.
Expediente 13.275. (iii) Por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puede examinarse la
sentencia del 16 de febrero de 2006 (Expediente 13.242). Sobre responsabilidad estatal derivada de actuaciones
médicas, pueden consultarse las siguientes sentencias: (i) Consejo de Estado, sección tercera. (23 de abril de 2008).
Expediente de sentencia No. 15750. [M.P Mauricio Fajardo Gomez]; (ii) Consejo de Estado, sección tercera
(sentencia del 31 de agosto de 2006) Expediente No. 15.772; (iii) Consejo de Estado, sección tercera (sentencia del
30 de noviembre de 2006) Expediente 25.063

protección que tiene el Estado frente a sus ciudadanos, el territorio y la soberanía, 5
objetivo para el cual se le otorga el monopolio de las armas.

Antes de entrar a analizar los elementos específicos del “riesgo conflicto”, por razones metodológicas, se considera necesario hacer una pequeña reseña sobre los regímenes de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales se diferencian por el papel que la calificación de la conducta juega en su análisis: régimen subjetivo y régimen objetivo. En efecto, dicha diferenciación, es explicada de manera clara por el autor Hernán Alejandro Olano García, de la siguiente forma:

“Objetiva: se fundamenta sobre una actuación sin culpa de la administración, puesto que ésta actúa dentro de los parámetros legales, pero esa actuación normal y regular causa un perjuicio, que debe ser reparado.

Subjetivo: se refiere a que la generación de la responsabilidad requiere que se presente dolo o culpa.”²

Así pues, entremos a analizar cada uno de los regímenes mencionados.

2. Régimen subjetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Tal como se dijo, nos encontramos dentro del régimen subjetivo cuando se califica la conducta del agente. Así, el título de imputación por excelencia dentro de dicho régimen es el de

² OLANO GARCÍA, Hernán A. Preguntas, respuestas y casos de derecho administrativo general y colombiano. (p. 111). Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2005.

falla del servicio, que ha sido definido por la doctrina, como aquel régimen de 6
responsabilidad “...donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de
funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o
defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado. Son entonces acciones u
omisiones que se predicán de la administración y que, en su funcionamiento, resulta en
cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado...”³

El título de imputación más representativo del régimen subjetivo es la falla en el servicio,
la cual Enrique Gil Botero (2011. p. 280) define como “el quebrantamiento de un contenido
obligacional administrativo”⁴

Frente al régimen de responsabilidad y el título de imputación de la falla en el servicio, el
Consejo de Estado, ha explicado que:

*“También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º
inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas
las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y
libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración
en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese*

³ RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Segunda Edición. Ecoe
Ediciones. Bogotá. 2013

⁴ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición.
Temis. 2011. p. 280

7
sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, **si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.** (Negrillas y resalto por fuera del texto original)

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

*mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (...)*⁵ 8

Como se pudo observar, la falla en el servicio, es aquel título de imputación en el cual, el Juez debe examinar la conducta de la Administración para determinar su responsabilidad. Lo anterior, tiene una importancia superlativa en la forma como el Estado debe afrontar su defensa en estos casos, pues le bastará demostrar que ha actuado con diligencia y cuidado para ser exonerado.

Naturalmente, la falla en el servicio, en su proceso de desarrollo jurisprudencial, comprende una serie de discusiones y debates respecto a su alcance y elementos, teniendo a lo largo de los años distintas posiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Sin embargo, el objeto del presente trabajo no es ahondar en el concepto de falla en el servicio ni de la responsabilidad subjetiva; motivo por el cual, las definiciones que se han citado cumplen con lo planteado inicialmente para este capítulo, que no es más, que una delimitación conceptual necesaria para la ubicación del lector. No obstante, se proponen diferentes decisiones del Consejo de Estado sobre la falla del servicio para su consulta.⁶

⁵ Consejo de Estado, sección tercera. (26 de febrero de 2015). Expediente de sentencia No. 27544. [M.P. Hernán Andrade Rincón]

⁶ Al respecto como fuente de consulta ver Consejo de Estado, Sección tercera. (13 de noviembre de 2016). Expediente de sentencia 29334 [M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa], Consejo de Estado, Sección tercera. (abril 17 de 2011). Expediente de sentencia 20750 [M.P. Mauricio Fajardo], Consejo de Estado, Sección tercera. (marzo 8 de 2007). Expediente de sentencia 27434 [M.P. María Eugenia Aldana Reyes]

3. Régimen objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado

La falla del servicio entonces atribuye responsabilidad a la Administración por los perjuicios causados por sus intervenciones culposas o dolosas, ya sea en forma de acciones u omisiones, pudiéndose exonerar demostrando diligencia y cuidado. Pero no es la única forma en que el Estado puede resultar responsable.

En la responsabilidad objetiva, al contrario de la subjetiva que ya estudiamos, no hay una evaluación o un reproche sobre la conducta de la Administración, por lo cual el Estado no puede liberarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado. En efecto, la doctrina ha dictado que “En la responsabilidad sin falta u objetiva, llamada también “presunción de responsabilidad”, al demandado no le basta ya probar ausencia de culpa o que su comportamiento fue particularmente diligente; le corresponde, en cambio, establecer cuál fue la verdadera causa del daño y que esa causa le es extraña, bien porque se originó en una fuerza mayor, o porque ocurrió con un hecho exclusivo de la víctima o por el hecho exclusivo de un tercero. ...”.⁷

También la define la doctrina como aquella en la que “ (...) no se mira el aspecto subjetivo del daño, sino que producido el daño se origina la responsabilidad sin posibilidad de

⁷ Saavedra Becerra, R. (2005). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. 3rd ed. Bogotá: Ibáñez.

exoneración, como ocurre en la responsabilidad por actividades peligrosas donde se presume la misma.”⁸ 10

Dentro de los títulos de imputación de la responsabilidad objetiva, encontramos dos principales: el daño especial y el riesgo excepcional. Si bien es cierto que existen otros eventos que responden al régimen de responsabilidad objetiva, como es el caso de la responsabilidad de la administración por muerte de reclusos en centro penitenciario; no nos detendremos en ellos, puesto que, como se ha dicho, los principales títulos de imputación en el régimen de responsabilidad objetiva son el daño especial y el riesgo excepcional o creado; los cuales atañen al objetivo de este escrito, que no es otro que determinar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido los eventos de responsabilidad ocasionados por atentados de grupos al margen de la ley.

3.1 Daño especial y riesgo excepcional.

3.1.1. Daño Especial

En sentencia del 27 de febrero de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado, definió de la siguiente manera los fundamentos del título de imputación por daño especial: *“En relación con el daño especial, entendido éste como el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas como consecuencia de un actuar lícito de la administración, no debe perderse de vista que sus fundamentos se hallan en los principios de igualdad, solidaridad y equidad, según los cuales las cargas que soportan los administrados, deben ser distribuidas en igualdad*

⁸Palacio Hincapié, Juan A. (2008) Derecho procesal administrativo. 6ta ed. Bogotá: Librería Jurídica Sanchez.

de condiciones y equitativamente, con observancia del principio de solidaridad social, sin olvidar que debe haber un prudente sacrificio de los intereses particulares en pro de los generales. No obstante, cuando este sacrificio particular excede de manera especial, anormal, considerable y superior las cargas que deben soportar los ciudadanos en razón a la naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, se rompe así la igualdad del afectado frente a las cargas públicas, por cuanto ve excesivamente vulnerado su interés particular.”⁹

Para la doctrina, “... el concepto del daño especial como resultado de la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas se emplea esencialmente en tres tipos de hipótesis en que está en juego la responsabilidad pública: 1. El caso de daños causados por actuaciones realizadas en interés general; 2. Las negativas a ejecutar decisiones de la justicia, y 3. Daños derivados de la acción normativa del Estado que comprende: a) las situaciones en que están en causa las leyes y las convenciones internacionales, y b) los actos administrativos de carácter regular.”¹⁰.

Otros doctrinantes al respecto han dictado:

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

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. (27 de febrero de 2013). Expediente de sentencia 24734. [M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

¹⁰ Saavedra Becerra, R. (2005). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. 3rd ed. Bogotá: Ibáñez.

justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un 12
daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la
naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de
igualdad ante las cargas del poder público¹¹.” (Cuello Iriarte, 2009)

Para Parra Guzman, 2010. p. 275: *“Su fundamento es el desequilibrio de las cargas públicas que afecta a la víctima. La noción de carga pública hace referencia a ciertos deberes que son impuestos por el Estado en ejercicio de su soberanía, ya sea que lo analicemos respecto del contrato social o entendiendo que hemos depositado en ese Holismo (Estado), una parte de nuestra soberanía y libertad. Hay diversas cargas públicas, como la que tenemos de pagar impuestos, que es uniforme y consulta el bienestar general. Si por el contrario, el Estado impusiera una excesiva carga pública generaría el desequilibrio mencionado.”¹² (2010 p.275)*

En conclusión, podremos decir que el daño especial es aquel que se produce cuando el Estado genera un desequilibrio en las cargas impuestas a sus administrados, fruto de actuaciones legítimas, necesarias y en procura del bienestar común, y que debe ser reparado en virtud de la solidaridad e igualdad promulgada por la Constitución de 1991, por lo cual no se requiere de una

¹¹ CUELLO IRIARTE, Gustavo. El Daño Especial, como Título de Imputación de la Responsabilidad del Estado: Historia. Legislación. Jurisprudencia. Gustavo Cuello Iriarte, Adriana Cuello Hermida, Jenaro Andrés Puerto Valencia. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 2009.

¹² PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Responsabilidad Civil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010 p.275

evaluación de la conducta del Estado sino de la sola prueba del rompimiento del equilibrio y el daño producido por este. 13

Este concepto ha sido utilizado por el Consejo de Estado para fundamentar el deber de reparar en casos donde se presentan daños a particulares ocasionados por los efectos de actos administrativos que no adolecen de vicio de nulidad alguno. Ciertamente, hay ocasiones en que la Administración profiere actos administrativos que, si bien no sufren de vicio de nulidad alguno, si causan un daño antijurídico a un particular. En esas situaciones, ha señalado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, procede la indemnización de perjuicios ya no perseguida judicialmente desde la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que no se discutirá la legalidad del acto administrativo; sino que debe perseguirse a través de una acción de reparación directa fundada en la teoría del daño especial, pues los efectos de dicho acto pueden desequilibrar las cargas públicas¹³.

¹³ Al respecto se pueden consultar las sentencias que pueden resultar interesantes, proferidas por la Sección tercera del Consejo de Estado: del 4 de noviembre de 2015, bajo la ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón con radicado 34254, sentencia del 9 de mayo de 2015 con radicado 21906 sobre afectaciones a la propiedad privada por actos administrativos en procura del bien general, sentencia emitida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 25 de agosto de 1998 con expediente IJ-001 sobre la responsabilidad por leyes declaradas exequibles y la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, bajo la ponencia del Magistrado Hernán Andrade Rincón el 28 de enero de 2015 con radicado 28937 sobre la limitación a la propiedad privada por declaratoria de patrimonio arquitectónico.

Por otro lado, el riesgo excepcional o riesgo creado, se genera cuando la Administración en uso de sus atribuciones o en el normal desarrollo de sus actividades, crea un riesgo salido de lo normal para los administrados. En caso de que el riesgo se concrete y ocasione un daño, la responsabilidad patrimonial del Estado queda comprometida.

Como lo dicta Ramiro Saavedra Becerra (382, 2005) :

“La noción del riesgo definido desde una idea de peligro, particularmente sugestiva para el sentido común – una actividad “tiene riesgos”, es peligrosa- permite aceptar con cierta facilidad que el sujeto de derecho cuya actividad implica riesgos de daños, los asuma en caso de que efectivamente sobrevengan (riesgo creado). En el marco particular de la responsabilidad administrativa este riesgo tiene una cierta connotación que lo concibe, no en un sentido más bien amplio y convencional, sino como un riesgo excepcional, de cierta entidad, concepto que se encuentra expreso en algunas decisiones del Consejo de Estado. Pero también puede designarse como riesgo en una actividad que, por fuera de toda verdadera peligrosidad, obliga a quien se beneficia de ella a soportar las consecuencias desfavorables para otras personas (riesgo-beneficio). Y, por otra parte, también subyace la idea de riesgo en la probabilidad estadística de ocurrencia de un daño, de álea inherente a que cualquier actividad humana se refleje en

daños de una manera en cierto modo ciega. Se alega por tanto que es justo que la sociedad tome medidas para proteger a quienes resulten víctimas (riesgo social).”¹⁴ 15

Por su parte, el riesgo excepcional ha sido definido por el Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 1989 como aquella teoría en que “... *el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que , dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”.* ¹⁵

Desde el inicio del desarrollo jurisprudencial del riesgo creado hasta nuestros días, dicha teoría ha ido teniendo transformaciones y se ha ido depurando por parte de la Alta Corporación.¹⁶

¹⁴ Saavedra Becerra, R. (2005). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. 3rd ed. Bogotá: Ibáñez.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (20 de febrero de 1989) Radicado 4655 M.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

¹⁶ Al respecto ver providencias mas actuales proferidas por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Expediente: 15001. C.P. Enrique Gil Botero, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de

En efecto, el título de imputación de riesgo excepcional había sido clasificado por la jurisprudencia y la doctrina¹⁷, hasta el año 2012, en tres clases de subtítulos de imputación, a saber: riesgo peligro, riesgo beneficio y riesgo álea. Ciertamente, la doctrina especializada señalaba: “*Reagrupando las distintas hipótesis de riesgo que la jurisprudencia contempla, es posible, a pesar de su carácter relativamente disipar, formular tres especies del mismo: responsabilidad por riesgo-peligro, responsabilidad por riesgo-beneficio y responsabilidad por riesgo-álea*”¹⁸. Este tipo de riesgos y los elementos diferenciadores con el riesgo conflicto, se desarrollaran en el siguiente capítulo

1991. Expediente: 6122. C.P: Carlos Betancur Jaramillo. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 1992. Expediente: 5946. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁷ Para Tamayo Jaramillo, “...*Una actividad será peligrosa cada vez que, con cosas o sin ellas, una personal moral o jurídica, con su actividad, genera más peligros de daño de los que, por si misma, está en capacidad de soportar una persona*” (1997. p. 77). En palabras de Parra Guzmán “*Toda actividad que una vez desplegada, su estructura o comportamiento generan más probabilidades del daño que las que normalmente está obligado a soportar un hombre común y corriente. Quiere decir que existe riesgo cuando la Administración debe ser garante de una actividad peligrosa, que, como tal, puede causar daño a los particulares. En este sentido, el Estado prodiga protección a los ciudadanos, control y reprensión de conductas punibles, y uso idóneo de la fuerza y las armas. Sin embargo, puede suceder que el Estado descuide ese control y genere un riesgo de naturaleza excepcional, catalogada así por las funciones que le son atribuidas a la administración*” (2010 p. 275)

¹⁸ Saavedra Becerra, R. (2005). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. 3rd ed. Bogotá: Ibáñez

Ahora bien, los casos en que se generaban daños a los particulares por atentados terroristas, habían sido tratados por la jurisprudencia a través de distintos títulos de imputación. En un estadio muy primigenio, dichos eventos eran tratados a través de la falla en el servicio o el daño especial¹⁹.

Así, más adelante, el Consejo de Estado modificó su posición, indicando que dichos casos respondían a eventos de riesgo excepcional²⁰.

Finalmente, después de depurar la jurisprudencia que había respecto a estos eventos, el Consejo de Estado, bajo la ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourth, en sentencia del 29 de octubre de 2012, creó un nuevo subtítulo de imputación del riesgo excepcional, el cual denominó riesgo-conflicto.

El objetivo de este escrito es hacer un estudio detallado de dicho título de imputación y diferenciarlo de las otras especies de riesgo excepcional, es decir, de la responsabilidad por riesgo-peligro, responsabilidad por riesgo-beneficio y responsabilidad por riesgo-álea.

¹⁹ Ver Consejo de Estado, Sección tercera. (17 de junio de 1993). Expediente de sentencia 7533 [M.P Julio Cesar Uribe Acosta] y Sección Tercera (30 de julio de 1992). Expediente de sentencia 6828 [M.P Julio Cesar Uribe Acosta]

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. (10 de agosto de 2000). Expediente de sentencia 11585. [M.P. Alier Eduardo Hernández]

Desarrollo Conceptual y Jurisprudencial del Riesgo Conflicto.**1. Nacimiento y desarrollo jurisprudencial del riesgo Conflicto**

En su obra “Responsabilidad Extracontractual del Estado” (Bogotá. 2011) Enrique Gil Botero trata la evolución de la jurisprudencia en el caso de la responsabilidad administrativa por daños causado como consecuencia de actos terroristas que se había suscitado hasta ese momento. Contrasta el autor el fundamento de la responsabilidad estatal antes y después de la Constitución de 1991, los cuales son el principio de igualdad ante las cargas públicas y el concepto de daño antijurídico, respectivamente.

Es importante tener en cuenta, que hasta el año 1967 imperaba la teoría de la irresponsabilidad del Estado por los daños ocasionados en los atentados terroristas. Dicha tesis tenía como fundamento el caso “Pedro Sales”, decidido por la Honorable Corte Suprema Federal el 3 de enero de 1865. En esa oportunidad, el argumento para no condenar patrimonialmente a la Administración, es que no existía una ley aplicable al caso por hechos de guerra. En el antiguo pronunciamiento, se dijo: “Si en esto hai alguna injusticia; si se desatendió un reclamo que parece fundado en la inequidad, corresponde al legislador reparar esa injusticia sancionando la disposición que reconozca la indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares

por los beligerantes en la última lucha nacional; mas no los tribunales, que tienen la única misión de aplicar la lei escrita”²¹. 19

Ahora bien, como se dijo, en el año 1967 el Honorable Consejo de Estado abandonó la tesis de la irresponsabilidad patrimonial de la Administración en la materia. Para ello, acogió como fundamento la ruptura de las cargas públicas, señalando: “Todo conduce a indicar que en la esfera más amplia, y ante el desequilibrio de las cargas públicas, siempre se encontrará el sujeto responsable. La Nación es la que responde. Comunidad supranacional, como se le llama, porque en su seno se registran todas las acciones y todas las reacciones, no debe enriquecerse a costa de nadie. Y por eso, cuando de ella hay quien sufra y quien haya recibido detrimento por acción o por omisión de los gestores públicos, y aunque la conducta de estos haya sido la estimada prudente ante el desbordamiento de grupos que por interacción reciben de otros el amor o el odio del día, y en todo caso la pasión de turno es justo que la Nación resarza el perjuicio. En este caso, ante el Código Civil es preciso pasar de largo”²².

²¹ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición. Editorial Temis. Bogotá. Página 285.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de noviembre de 1967. (exp. 414)

Luego de la promulgación de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado, en general, pasó a girar en torno al concepto del daño antijurídico y, los casos de daños por atentados terroristas no fueron la excepción. 20

Así las cosas, bajo la vigencia de la Carta Magna, los casos de responsabilidad por atentados terroristas venían siendo resueltos bajo la óptica de varios títulos de imputación, sin que existiera una posición uniforme al respecto. Sin embargo, desde el año 2010, la jurisprudencia venía decantándose por resolver estos casos bajo los títulos de riesgo excepcional y falla en el servicio y, abandonar la teoría del daño especial que estaba siendo usada. Así parecía advertirlo GIL BOTERO en el año 2011:

“Hoy, en el Consejo de Estado existe una tendencia muy marcada que propende eliminar la responsabilidad con fundamento en el daño especial, en los casos de atentados terroristas, y resolver este tipo de asuntos por los regímenes de la falla en el servicio y del riesgo excepcional, señalando de paso para desnaturalizar el caso del daño especial, que lo que ocurre cuando el atentado va dirigido contra un alto dignatario del Estado y se lesiona a particulares, es ni más ni menos, dar por establecido que se ha expuesto a unas personas más que a otras a un riesgo; o en los casos en que el atentado tiene como objetivo construcciones, como cuarteles, instalaciones militares o centros de comunicaciones, subsiste latente la idea de riesgo, e igualmente en los procesos de confrontación entre la subversión y la autoridad se afirma que se está exponiendo a un riesgo a la población. En síntesis, según pretende el Consejo de Estado, bajo los regímenes de la falla en el servicio y del riesgo se resolvería la situación de

En el año 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se vio enfrentada a un caso que presentaba los siguientes antecedentes:

El 17 de mayo de 1991, un grupo de guerrilleros de las FARC realizaron un atentado contra un tramo de poliducto propiedad de ECOPETROL, en zona rural del municipio de Albán (Cundinamarca), detonando una carga explosiva que, aunado al gas propano que se transportaba por el poliducto, generó un incendio de grandes proporciones que afectó bienes muebles e inmuebles de El Rancho y Los quinos, predios cuyo propietario era la sociedad Fierro Ávila y Compañía, sociedad en comandita. La sociedad propietaria de los predios, demandó en acción de reparación directa, para que le fueran resarcidos los perjuicios causados en tal acontecimiento por parte de la Nación (Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Defensa) y la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL- de forma solidaria, mediante el título de falla en el servicio, y subsidiariamente por la creación del riesgo que se concretó en la afectación del patrimonio de los demandantes.

En sentencia del 29 de octubre de 2012²³ que profirió sobre el caso expuesto, la 22

Sección Tercera del Consejo de Estado revolucionó la forma de acercarse a los múltiples casos similares que generó el conflicto armado.

Hasta el momento de la sentencia, solo se consideraban generadoras de riesgo las instalaciones o bienes del Estado que se pudieran identificar como objetivos militares según el Derecho Internacional Humanitario, definido en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, en su artículo 52 así:

“1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de octubre de 2012) Expediente de sentencia 18472. [M.P Danilo Rojas Betancourth]

civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin”.

Pero como es deber de las Altas Cortes, adecuar la ley a la realidad del país, se analizó que muchos bienes que tradicionalmente no son clasificados como objetivos militares, son de manera continua atacados en Colombia, tomándolos como blancos de guerra, desconociendo así los tratados internacionales y el principio de distinción; lo que conllevaba a la desprotección y vulneración de los derechos de la sociedad civil.

El anterior análisis llevó a la Corporación a concluir, que la ubicación de esos bienes particulares en el contexto del conflicto colombiano generaban un riesgo adicional para las personas que se ubicaban en sus cercanías, no porque fueran un riesgo en sí mismas, sino por la dinámica del conflicto y por las claras y constantes infracciones de los grupos ilegales alzados en armas a los tratados internacionales, y que, por tanto, era necesario crear un nuevo título de imputación que se adecuara a esta realidad, señalando:

“30. Históricamente, la jurisprudencia ha definido tres modalidades básicas de responsabilidad por riesgo: el riesgo-peligro; el riesgo-beneficio y el riesgo-álea. Sin embargo, los casos que involucran daños derivados de ataques guerrilleros a bienes o instalaciones del Estado plantean una nueva categoría de riesgo, que no encaja dentro de las anteriores, y que se deriva de la confrontación armada que surge de la disputa por el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza.

31. Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos

deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades.”²⁴

Con lo dicho, el Consejo de Estado a través del proveído del 29 de octubre de 2012 introduce el concepto de “riesgo conflicto”, y en él enmarca los casos que, dentro del título de imputación de riesgo excepcional, son aquellos que buscan la reparación de daños causados por acciones violentas cometidas por grupos al margen de la ley, cometidas dentro del marco del conflicto armado interno, dirigidas contra bienes representativos del Estado.

Así, posteriormente, en otro pronunciamiento, el Alto Tribunal señaló sobre el riesgo conflicto:

“Para ese fin, resulta pertinente recordar que con independencia de la probidad de la actuación de la administración, esta se encuentra obligada a indemnizar objetivamente los perjuicios causados a la población civil a raíz de la consumación del riesgo derivado de los ataques perpetrados por los grupos insurgentes contra bienes e instalaciones claramente identificadas como Estado. Esto en aplicación del título de imputación que se ha

²⁴ Consejo de Estado, sección tercera.(29 de octubre de 2012) Expediente de sentencia 18472. [M.P Danilo Betancourth Rojas]

denominado riesgo excepcional (riesgo-conflicto)²⁵. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado: 25

9.2. Esta categoría de riesgo, desde aquella oportunidad denominada riesgo-conflicto, parte de reconocer que dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento del Estado de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra sus bienes e instalaciones”²⁶.

²⁵ En este sentido ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 29 de octubre del 2012, expediente 18472, C.P. Danilo Rojas Betancourth y sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 29635, del mismo ponente. En el primer caso se declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol por los daños materiales causados a la sociedad Fierro Ávila y compañía, ocurridos el 17 de marzo de 1991, en la vereda El Entable del municipio de Albán, Cundinamarca, con ocasión de la activación de una carga explosiva por parte de guerrilleros de las F.A.R.C. contra un tramo del poliducto de propiedad de la Empresa demandada, que produjo una explosión de gas propano y un incendio que afectó los bienes muebles e inmuebles ubicados en los predios rurales de la sociedad actora. En el segundo caso, se condenó a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional y Policía Nacional por la muerte del señor Mario Fernández Pérez, quien se desplazaba al interior de una chalupa, durante el enfrentamiento que tuvo lugar entre la fuerza pública y los subversivos, el 4 de agosto de 1998 en el municipio de Miraflores, Guaviare.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18536, CP. Ruth Stella Correa].

9.3. Así, los atentados cometidos por actores contra un “objeto claramente identificable como Estado” en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía, cuarteles militares u oleoductos, pueden ser endilgados a la administración a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones sean peligrosos en sí mismos, sino porque la dinámica misma del conflicto armado implica que su cercanía a ellos genera para los civiles el riesgo de sufrir afectaciones en su vida y menoscabo en su integridad personal y patrimonio, dado que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la subversión que los considera objetivos militares”²⁷.

Puede resultar confuso, como efectivamente lo reconoce el Alto Tribunal, considerar que la presencia del Estado, bien sea mediante sus agentes, infraestructura o elementos representativos, pueda constituir un riesgo para la población y especialmente cuando esa misma presencia se hace en cumplimiento de los mandatos constitucionales de las instituciones llamadas a garantizar la seguridad y soberanía, pero como esta misma Corte lo ha aclarado, en este tipo de riesgo excepcional se considera no solo el conflicto armado colombiano, sino a los lugares del país donde se puede generar el riesgo en razón de las particulares situaciones sociales y de seguridad pública.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. (octubre 13 de 2017), expediente de sentencia No. 51061. [M.P Danilo Rojas Betancur]

En atención a lo anterior, el Consejo de Estado, aclaró en el año 2015, que el 27
contexto social de la zona en que se presenta un ataque del cual se derivan daños a la población
es uno de los elementos básicos del título de imputación estudiado. En esa ocasión, el Alto
Tribunal, explicó:

*“[E]s preciso aclarar que, en tanto este riesgo se deriva de la existencia del conflicto armado interno, **su naturaleza es contextual**, porque no en todos los municipios del país es factible que se produzca una incursión armada de la guerrilla o un ataque contra la infraestructura del Estado. Este hecho es, justamente, lo que le atribuye al riesgo su carácter excepcional. En efecto, es un hecho notorio que estas acciones tienden a concentrarse en pequeñas poblaciones, ubicadas en zonas del territorio nacional que ofrecen una ventaja estratégica desde el punto de vista militar, y donde los actores armados ejercen una fuerte presencia y están en capacidad de perpetrar un ataque armado de gran impacto. (...) (Negrillas y resalto por fuera del texto original)”²⁸*

Como se pudo observar, en el año 2015, la teoría del riesgo conflicto tuvo su primera depuración, convirtiéndolo en un título de imputación contextual²⁹, es decir, que su aplicación se debe limitar a aquellos lugares del territorio que tienen unas circunstancias sociales, geográficas y militares particulares. Por ejemplo, de acuerdo con lo anterior, no revestiría igual riesgo una

²⁸ Consejo de Estado, Sección tercera (30 de julio de 2015) Expediente de sentencia 33938. [M.P Danilo Rojas Betancourth]

²⁹ Al respecto ver providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de octubre de 2013, expediente 27954, ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero como antecedente.

estación de policía en el municipio de Caloto en el departamento de Cauca que un CAI de policía en el norte de Bogotá.

28

Ahora bien, analizando un panorama diferente y frente a la dificultad de identificar objetos e instalaciones que inicialmente son consideradas civiles, pero resultan atacadas dentro de la evolución del conflicto debido a las prácticas de guerra de los grupos al margen de la ley existentes en Colombia, se debe tener en cuenta que muchos de estos objetos o instalaciones tienen una posición ambivalente, pero que se considera que pueden prestar algún servicio a favor del desempeño del Estado para mantener el orden y la soberanía u obtener alguna ventaja militar, debe hacerlo merecedor de consideración como objetivo militar, cuando los motivos del ataque fueran considerarlo tal ,y por tanto, se toma como elemento creador de riesgo adicional. De la siguiente forma, el Consejo de Estado, en el año 2017, ha manifestado al respecto:

“Así, los atentados cometidos por actores contra un “objeto claramente identificable como Estado” en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía, cuarteles militares u oleoductos, pueden ser endilgados a la administración a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones sean peligrosos en sí mismos, sino porque la dinámica misma del conflicto armado implica que su cercanía a ellos genera para los civiles el riesgo de sufrir afectaciones en su vida y menoscabo en su integridad personal y patrimonio,

dado que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la subversión que los considera objetivos militares.”³⁰ 29

La teoría del riesgo conflicto ha venido solidificándose con los años. En efecto, cada vez más, dicho fundamento de deber de reparar es usado por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Así, en sentencia del año 2017, reiterando la aplicación del riesgo – conflicto, el Consejo de Estado, señaló:

“ Ahora bien, en lo que tiene que ver con los criterios de atribución del daño, e independientemente de la falla probada recién aludida, considera la Sala que, aún si se admitiera la hipótesis según la cual la herida que quitó la vida a la familiar de los demandantes fue causada por miembros de la guerrilla –como lo sostiene la parte demandada–, lo cierto es que en ese caso el régimen de responsabilidad aplicable para el sub lite sería el objetivo por riesgo excepcional (riesgo-conflicto armado), y con aplicación de ese marco de referencia sería posible la imputación de responsabilidad, si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:(...)”

Así, luego de hacer una exposición del desarrollo que la teoría del riesgo conflicto ha tenido, el Consejo de Estado, determinó:

“35. En suma, los daños derivados de acciones violentas cometidas por grupos guerrilleros pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional. No obstante

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera (12 de octubre de 2017). Expediente de sentencia 51061 [M.P Danilo Rojas Betancourth]

se advierte que ello sólo procede cuando el ataque es perpetrado en el marco del conflicto armado interno contra un bien claramente identificable como Estado (i), y del cual se deriva un riesgo cierto para la población civil en consideración a las características de seguridad de la zona en la que se ejecuta el ataque (ii). Si bien es evidente que la guerrilla puede causar daños a la población civil a través de distintas acciones (p.e. a través del sembrado de minas antipersonales o de combates con las fuerzas de seguridad del Estado), se aclara que lo dicho previamente respecto a la imputación por riesgo excepcional se explica a partir de los supuestos de hecho analizados en esta sentencia.

36. En el orden de ideas anteriormente expuesto, la Sala considera que el caso concreto es susceptible de ser juzgado con aplicación del régimen objetivo de riesgo excepcional (riesgo-conflicto interno armado), en el cual al demandante le basta con demostrar la existencia del daño y su relación causal con la actividad riesgosa de la administración en el contexto del conflicto interno armado, y a ésta, para exonerarse de responsabilidad, le corresponde demostrar la existencia de una causa extraña, ajena y no imputable a éste.”³¹

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. (6 de julio de 2017) Expediente de sentencia 55169.[M.P Danilo Rojas Betancourth]

Como puede observarse, el riesgo – conflicto no obedeció a un pronunciamiento aislado o accidental del Consejo de Estado, sino a una verdadera creación jurisprudencial que con los años viene depurándose y reiterándose por parte del Alto Tribunal.³² 31

2. Concepto y elementos diferenciadores de otros títulos de imputación por riesgo (riesgo beneficio, riesgo álea y riesgo peligro)

En este aparte, se analizarán los diferentes tipos de imputación por riesgo, teniendo en cuenta su concepto, elementos principales y eximentes de responsabilidad.

2.1. Riesgo álea

Empezaremos con el breve análisis del riesgo álea, que para la jurisprudencia “*Se trata de la asunción de riesgos derivados de la toma en consideración de la probabilidad de que cierto tipo de actividades o procedimientos pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación*

³² En efecto, además de las sentencias citadas, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha proferido, entre otras, las siguientes sentencias bajo los criterios del riesgo conflicto: Consejo de Estado, Sección Tercera. (2 de mayo de 2016) Expediente de sentencia 35874.[M.P Danilo Rojas Betancourth], Consejo de Estado, Sección Tercera. (30 de marzo de 2017) Expediente de sentencia 29637.[M.P Danilo Rojas Betancourth], Consejo de Estado, Sección Tercera. (8 de junio de 2017) Expediente de sentencia 39060.[M.P Danilo Rojas Betancourth]

del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa.”³³ 32

Este tipo de riesgo no ha terminado de ser depurado por la jurisprudencia del Consejo Estado; puesto que sus elementos diferenciadores no están definidos de manera clara, lo cual, no permite establecer en qué casos debe aplicarse este fundamento del deber de reparar.

Así, este título de imputación ha sido aplicado al concretarse el riesgo de infecciones intrahospitalarias en las instituciones de salud estatales, que medicamente es una probabilidad conocida, pero que no se tiene certeza de los casos en que tal se ha de concretar, y por tanto es irresistible. Al respecto, ver sentencias enunciadas.³⁴

2.2. Riesgo peligro

Esta categoría abarca tres modalidades que han sido definidas ampliamente por la jurisprudencia. De manera particular encontramos que en Sentencia del 26 de marzo de 2008 con expediente 16530 de la Sección Tercera del Consejo de Estado se expone con suficiente detalle el contenido del título, por lo cual se procederá a transcribirlo para claridad del lector.

³³ Consejo De Estado. Sección Tercera. (26 de marzo de 2008). Expediente de sentencia: 16530. [M.P. Mauricio Fajardo Gómez]

³⁴ Consejo De Estado. Sección Tercera. (29 de septiembre de 2015). Expediente de sentencia: 21774. [M.P. Stella Conto Díaz], Consejo De Estado. Sección Tercera. (30 de abril de 2014). Expediente de sentencia: 28214 [M.P. Danilo Rojas Betancourth], Consejo De Estado. Sección Tercera. (29 de agosto de 2013). Expediente de sentencia: 30283 [M.P. Danilo Rojas Betancourth]

puede referirse (i) a las sustancias peligrosas -verbigracia, químicos o explosivos-; (ii) a instrumentos o artefactos peligrosos -caso de las armas de fuego o los vehículos automotores- o (iii) a las instalaciones peligrosas -como las redes de conducción de energía eléctrica o de gas domiciliario-.

a.2. Responsabilidad derivada del uso de métodos peligrosos, la cual ha sido reconocida por la jurisprudencia francesa, por vía de ejemplo, cuando se ocasionan daños por menores delincuentes internos en establecimientos especiales de corrección o por enfermos mentales en “salida de prueba” o por condenados mediante sentencia judicial a quienes se conceden beneficios penitenciarios como permisos de salida o libertad condicional.

a.3. Responsabilidad derivada de la ejecución de trabajos públicos, como quiera que la misma supone el despliegue de actividades que entrañan riesgo -como la construcción o apertura de rutas, puentes, canales, túneles, líneas férreas, entre otras- y en cuya ejecución pueden presentarse (i) daños accidentales derivados de la ocurrencia de sucesos imprevistos que habrían podido no acaecer -que son aquellos que realmente podrían encuadrarse en esta categoría- y (ii) daños permanentes cuya causación no deriva de la ocurrencia de un accidente sino que se trata de consecuencias normales -e incluso previstas- de la ejecución de una obra pública, como perturbaciones en el goce, perjuicios comerciales o pérdida de valor de un inmueble, en relación con las cuales la obligación indemnizatoria a cargo del Estado suele

explicase mejor desde la perspectiva del título jurídico de imputación consistente en el 34
daño especial derivado de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas. “³⁵

Como se puede concluir, título de imputación por riesgo peligro tradicionalmente ha sido aquel asociado a la ejecución o práctica de actividades peligrosas por parte de agentes estatales en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, y abarca un gran número de supuestos fácticos que hacen parte del diario vivir de la Administración que, a pesar de revestir un grado de peligrosidad, algunas veces mayor y otras menos significativo, son necesarias para su funcionamiento y que se logre cumplir con las obligaciones consagradas en la Constitución, como lo son el brindar seguridad, garantizar la movilidad, el desarrollo, entre otras. Por los anteriores motivos se acepta el riesgo que crean tales actividades, pero aún sabiendo que traen un beneficio para la comunidad, se deben resarcir de manera especial los daños que con ocasión de estas puedan producirse.

2.3. Riesgo Beneficio

Frente a la responsabilidad por Riesgo-beneficio no se centra el análisis de manera exclusiva en la creación del riesgo, sino en el beneficio que se produce para el Estado o la comunidad en general mediante la actividad creadora. Lo anterior se evidencia de manera común

³⁵ Consejo De Estado, Sección Tercera. Sentencia.(26 de marzo de 2008). Expediente de sentencia: 16530. [M.P. Mauricio Fajardo Gómez]

en casos como la responsabilidad frente a los daños sufridos por colaboradores permanentes y ocasionales de la Administración.

35

Esta teoría se soporta en el espíritu de equidad y solidaridad en que se funda el Estado colombiano, pretendiendo con la indemnización de los daños hacer un reequilibrio de cargas, en el que el sujeto, en este caso la Administración, repare económicamente a las personas perjudicadas por una actividad de la cual recibió beneficio.

Desde la óptica de la responsabilidad civil, la doctrina ha traído el concepto, también conocido como riesgo provecho, y lo ha explicado de la siguiente manera:

“Para Savatier, la responsabilidad nacida del riesgo provecho es aquella que obliga a reparar los daños producidos, aún sin culpa, por una actividad que se ejercía en el propio interés y bajo la autoridad del que causa el daño. En este contexto, se afirma que la sociedad entera y algunas personas en particular, se benefician de los progresos mecánicos e industriales que marcan nuestra actual civilización. Estos progresos, si bien proporcionan diversas ventajas, aumentan sin embargo, respecto de terceros, el peligro de ocasionar daños. Todos obtenemos provecho de los progresos técnicos y científicos modernos, pero lo que la teoría del riesgo provecho quiere subrayar, es que el que obtiene de una cosa mayor provecho debe soportar sus riesgos. Es justo, pues, que aquellos que particularmente gozan de tales ventajas, respondan De la responsabilidad objetiva – Juan Andrés Orrego Acuña 8 de los daños aún prescindiendo de la culpa; los beneficios de que gozan son suficientes como para suplir la existencia de la culpa. Esta teoría posee la ventaja de tener una “consecuencia filosófica”, lo que queda demostrado cuando nos enfrentamos a la siguiente pregunta: ¿Quién debe soportar la pérdida procedente de un

hecho dañoso? ¿El sólo patrimonio de la víctima o el del autor del hecho? La 36

respuesta no puede ser dudosa, pues es el patrimonio del autor del perjuicio el que debe soportar la pérdida sufrida por otro, pues de las dos partes en conflicto, hay una, que es la víctima, de la cual no dependía evitar el daño, y hay otra, el autor, de la que sí dependía evitarlo, preverlo, impedirlo, aunque fuera no haciendo nada, absteniéndose de actuar si es preciso. Por otro lado, la víctima no pretendía recibir beneficio alguno de tal actividad desplegada, porque esta no le concierne, no es “su” actividad. En cambio, el autor del daño realizó la actividad, esperando obtener un beneficio de ella. La teoría del riesgo se justificaría entonces, por una idea de justicia, equidad y solidaridad. Por su actividad, el hombre puede procurarse un provecho; es justo que por reciprocidad, repare los daños que ocasiona a los demás. El problema que se presenta consiste en determinar qué debe entenderse por “provecho”. ¿En qué casos puede decirse que una persona obtiene provecho de su actividad? La doctrina proporciona dos respuestas: la expresión provecho puede entenderse en un sentido amplio o restringido. En el sentido amplio, el provecho comprende todo interés, cualquiera que sea, tanto moral como pecuniario. Esta concepción es llamada por Boris Starck “teoría del riesgo creado”. En el sentido más restringido, la expresión provecho debe entenderse enfocada a la especulación

económica. Quien desarrolla una conducta de este tipo con el objeto de premunirse de una fuente de riqueza, crea un riesgo para los demás.”³⁶ 37

Esta interpretación ha sido sostenida por la doctrina especializada, adaptándola al ámbito de la responsabilidad del Estado. Ciertamente, Saavedra Becerra (2008, 413-414), explica sobre el riesgo beneficio:

“Se trata de un concepto mas bien ambiguo; no define realmente otra forma o especie de riesgo, sino que expresa más bien una perspectiva diferente. Desde ella el énfasis recae, no ya en el peligro creado, sino en el provecho que recibe la administración por la actividad riesgosa.”

Sigue explicando el autor:

“Este enfoque del riesgo impone, no obstante, algunas observaciones críticas: si bien es cierto que la idea del riesgo, desde el criterio del beneficio, no genera mayores reparos en el campo de la responsabilidad civil, en el derecho administrativo requiere una modulación sustancial: como el lucro no es normalmente un fin de la Administración, salvo cuando se vale de las formas jurídicas comerciales y privadas, normalmente se prescinde de dicho elemento y se considera que por beneficio debe entenderse la genérica utilidad que la sociedad recibe de la

³⁶ <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/> De la Responsabilidad

*actividad administrativa, dado que el fin de la Administración es, o debe ser, el beneficio de toda la colectividad. (...)*³⁷ 38

Frente a la teoría, y manera de ejemplo, podríamos pensar en el caso de accidentes por redes eléctricas, así en caso de que se causen perjuicios (muerte, lesión, afectaciones patrimoniales) por una red eléctrica de una entidad estatal con ocasión de la actividad peligrosa (transporte de energía), se condenará a esta sin que sea necesario hacer una evaluación de la conducta desplegada.

Sería, igualmente el hipotético caso en que la explosión de la línea del gasoducto propiedad de Promigas se hubiera dado, ya sea por fallas de infraestructura, humanas o simplemente una explosión espontánea por el material peligroso que transporta. En este caso, se debería declarar responsable a la empresa pues el riesgo se creó en función de un provecho económico, y no debería imponerse la carga de los perjuicios causados por la concreción del riesgo a los pobladores que resultaron afectados por la misma.

3. Eximentes de responsabilidad.

Teniendo claros los elementos de los títulos de imputación de responsabilidad por riesgo, en los casos de conflicto, beneficio y peligro, y sus características diferenciadoras, es importante

³⁷ Saavedra Becerra, R. (2005). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. 3rd ed. Bogotá: Ibañez. pps. 413-414

hacer un análisis desde las causales de exoneración con que cuenta el estado para defenderse en los procesos en que se le atribuyen tales daños.

39

La primera aclaración que se debe hacer al respecto, es que frente a la responsabilidad objetiva, al no analizar en ella la conducta del agente, la Administración no se podría exonerar de responsabilidad probando diligencia y cuidado.

En ese orden de ideas, solo quedaría la posibilidad de aplicar la causa extraña y la fuerza mayor o el caso fortuito. Ahora bien, antes de analizar de fondo, es importante ofrecer un acercamiento conceptual de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.

Así, el Consejo de Estado, contrario con la doctrina que acostumbra asimilar la fuerza mayor y el caso fortuito, ha dejado clara la diferencia entre éstas, y en sentencia del 26 de febrero de 2004 con expediente 13833, la Sección Tercera de la Alta Corporación, explicó:

“(...) si bien el artículo 69 del Código Civil asimila el concepto de fuerza mayor al de caso fortuito (concepción unitaria), definiéndolos como el imprevisto que no es posible resistir, la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, acogiendo la concepción dualista ha diferenciado el caso fortuito de la fuerza mayor, admitiendo solamente esta última como exonerante. Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina se entiende que la fuerza mayor debe ser: 1) Exterior: esto es que "está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor". 2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho". 3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo. A su vez, el caso fortuito debe ser interior, no porque

nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad riesgosa, puede ser desconocido y permanecer oculto.” 40

Por su parte, la causa extraña se manifiesta a través de un hecho exclusivo de un tercero o un hecho exclusivo de la víctima.

En el hecho exclusivo de un tercero, se presenta, por ejemplo, en un caso en que un vehículo particular golpee a un vehículo oficial y este a su vez atropelle a un transeúnte por la fuerza de la colisión inicial. En este caso, son claramente identificables los elementos reiterados por el Consejo de estado frente a la mencionada causal:

*“Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél”*³⁸

En el mismo sentido, se tiene como requisito que los hechos sean imputables a un tercero, ajeno a las partes, bien sea porque ese tercero fue el que ejecutó la conducta creadora del daño, o porque el agente vio condicionado su accionar por una conducta de dicho tercero, lo cual transfiere la imputabilidad. Se requiere además, que los hechos fueran imprevisibles e irresistibles para la Administración.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera,. (26 de marzo de 2008). Expediente de sentencia: 16530. [M.P Mauricio Fajardo Gómez]

manera de ejemplo el caso en que un soldado en estado de alicoramiento maneje de manera imprudente su arma de dotación, ocasionándose la muerte. En estos casos, la actuación de la víctima del hecho fue la causa y el hecho del daño sin importar si el hecho sea culposo o no, pues se habla del hecho exclusivo y no de culpa exclusiva al no haber necesidad de efectuar una evaluación de la conducta con el fin de lograr ser exonerado. Lo anterior quiere decir, que no interesa el nivel de cuidado o la intencionalidad de la víctima en la causación del daño, sino este último en sí mismo como consecuencia de una conducta exclusiva de quien lo sufre.

Es importante advertir que la causa extraña, en sus dos modalidades, rompen el nexo causal, motivo por el cual el demandado se exonera demostrando su existencia en el caso concreto.

Según lo expuesto y lo leído en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y a manera de conclusión parcial, podría decirse que la primera modalidad de causa extraña, esto es el hecho de un tercero, no podría ser usado en los títulos de imputación por riesgo álea y por riesgo conflicto. En el primero, pues no se requiere de la acción de un agente (tercero o propio de la Administración) para la concreción del riesgo, sino que este solo puede concretarse por intervención del azar. En el caso del riesgo conflicto, la explicación para esta conclusión, no sería otra, que el hecho del tercero es requisito para su configuración, por lo cual no tendría sentido que éste sea necesario para predicar la existencia del título y a la vez causal de exención de responsabilidad.

Por su parte, cualquier modalidad de causa extraña que se prueba en casos estudiados bajo los regímenes de riesgo – peligro o riesgo -beneficio, rompen el nexo de causalidad y, por tanto, exoneran de responsabilidad al demandado. 42

Capítulo 3

Análisis de la Sentencia del Tribunal

1. Antecedentes del caso

En el año 2014, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Riohacha declaró responsable a la empresa PROMIGAS S.A E.S.P, junto con el Ministerio de Minas y Energía, por los perjuicios sufridos por parte de un grupo de ciudadanos, a causa de la acción terrorista perpetrada por el grupo armado FARC, consistente en la explosión del gasoducto Ballenas-Barranquilla en octubre de 2001.

El fallo se fundamentó en que los dos demandados eran responsables bajo el título de imputación de riesgo conflicto, una especie del riesgo excepcional. Sin embargo, el fundamento de la imputación radicó, entre otros argumentos, en que PROMIGAS se beneficiaba del transporte de gas, confundiendo los elementos del riesgo conflicto con elementos de otros riesgos que también son especie del Riesgo Excepcional. (beneficio, peligro, álea).

Tal fallo fue llevado a segunda instancia, la cual fue resuelta en sentencia del 25 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo de la Guajira, quien a mi parecer reincidió en los errores del *A Quo* por 4 motivos principales que expondré a continuación.

2.1. La primera crítica, y la que atañe de forma más directa al objeto de estudio del presente trabajo, es que la decisión del Tribunal da a entender, al citar la sentencia generadora del título de riesgo-conflicto, que se genera únicamente en los casos de ataques por parte de grupos armados al margen de la ley a instalaciones que puedan ser consideradas objetivo militar. La Corporación ignora contemplar la parte de la teoría que dicta que la actividad riesgosa que se juzga en este título de imputación, es el ejercicio de la soberanía apoyado en monopolio de las armas, el cual únicamente se puede ejercer por parte del Estado, lo cual hace imposible aplicar el título de riesgo-conflicto a un particular, así éste se encuentre a cargo de la prestación de un servicio público o posea instalaciones que puedan ser consideradas como blanco militar dentro del marco del conflicto armado colombiano. Lo anterior se sustenta en el siguiente aparte de la sentencia mencionada:

*“(…) Sin embargo, los casos que involucran daños derivados de ataques guerrilleros a bienes o instalaciones del Estado, plantean una nueva categoría de riesgo, que no encaja dentro de las anteriores, **y que se deriva de la confrontación armada que surge de la disputa por el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza.***

31. Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados

*que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades.”*³⁹

44

De asumirse correcta la consideración del tribunal a tal respecto, se estaría atribuyendo responsabilidades a particulares que por sus calidades estarían en imposibilidad de cumplir, pues estas se le han delegado única y exclusivamente al Estado como parte del pacto social fundante del mismo. Para profundizar en esta crítica, se hace imperante primero, advertir la diferencia existente entre la prestación de un servicio público y la función administrativa. En efecto, desde la Constitución de 1991 la prestación de servicios públicos domiciliarios, como lo es del transporte de gas que ejerce Promigas, dejó de ser una función administrativa para convertirse en una actividad económica dentro de un mercado de libre competencia. Dicha posición ha sido asumida por la jurisprudencia constitucional como contenciosa administrativa. En efecto, tanto la Corte Constitucional⁴⁰ como el Consejo de Estado⁴¹, han sostenido una *tesis mixta*, como la

³⁹ Consejo de Estado, sección tercera.(29 de octubre de 2012) Expediente de sentencia 18472. [M.P Danilo Betancourth Rojas]

⁴⁰ Véase las sentencias C-558 de 2001, C-305 de 2004 y C-037 de 2003.

⁴¹ Ver providencia del 26 de julio de 2001. Sección Tercera. Consejo de Estado.

llama el auto FABIÁN MARÍN CORTES⁴², según la cual las empresas de servicios públicos sólo ejercen función administrativa cuando hacen uso de prerrogativas, como lo son, por ejemplo, la resolución de recursos de la antes llamada vía gubernativa. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado: *“Se puede concluir, entonces, que el constituyente y el legislador colombianos han entendido que la prestación de los servicios públicos no debe ser considerada como función pública. Esta concepción se explica si se tiene en cuenta que la Constitución, apartándose de la visión clásica de los servicios públicos, reseñada atrás, estableció que la prestación de los mismos debe ser desarrollada por entidades oficiales, mixtas y privadas, en condiciones de competencia y con aplicación de un régimen de igualdad”*⁴³.

Así las cosas, la actividad que ejercía PROMIGAS a través del gasoducto que es el transporte de gas, si bien es un servicio público, no es una función administrativa sino una actividad económica. Ahora bien, si se parte que la actividad del transporte de gas es una actividad mercantil, con ésta no se ejerce soberanía -ni tampoco lo podría hacer PROMIGAS- y por tanto, no se presentan uno de los presupuestos para condenar a esta empresa por riesgo

⁴² MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Temis. 2010. Páginas 65 -80: En este aparte de la obra, el autor expone las diferentes teorías que existen sobre la naturaleza jurídica del servicio público, entrando en el debate si el mismo debe entenderse como función administrativa o actividad mercantil. Es importante advertir que el doctrinante advierte que en su opinión personal, prefiere la teoría positiva, es decir que la prestación de los servicios públicos es función administrativa; posición que no se comparte.

⁴³ Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005. Radicado 5001233100020030027701. (23.673)

conflicto y así, no podría juzgársele bajo ese fundamento del deber de reparar. La crítica que se hace es que, a PROMIGAS se le debió haber juzgado bajo la óptica del riesgo beneficio y, en ese entendido, habría podido exonerarse de responsabilidad ante la evidente configuración de hecho exclusivo de un tercero; posibilidad que no se tiene cuando se juzga bajo el prisma de riesgo – conflicto. 46

Adicionalmente, y para despejar la inquietud que podría surgir frente a la calidad de las instalaciones, si se analiza la jurisprudencia frente a la figura en estudio el eje central del título de imputación son las acciones violentas que se llevan a cabo con el fin de desestabilizar o limitar la ventaja militar del Estado colombiano frente a los grupos terroristas con quienes se disputa el poder. En ese orden de ideas, la ventaja militar que buscan limitar los grupos al margen de la ley serían la táctica (armamento, hombres, aeronaves, entre otros) o la económica entendida como actividades, bienes o infraestructura que le reporten beneficios monetarios al Estado (oleoductos de Ecopetrol).

En este caso, el gasoducto de Promigas no le reporta ninguna ventaja militar estratégica al Estado, y al no tener este último participación accionaria dentro de la empresa PROMIGAS, tampoco le representa ventajas económicas por lo cual no tiene sentido considerar las instalaciones afectadas como un bien susceptible de ser considerado objetivo militar.

Es cierto en todo caso, que la jurisprudencia no ha aceptado o rechazado de forma tajante la posibilidad de imputación del título de riesgo-conflicto a particulares, y las condiciones en que esta se podría dar, lo cual genera un cierto nivel de incertidumbre jurídica para aquellos que por su actividad o su área de influencia se encuentran en una zona gris entre su posición frente al conflicto armado colombiano.

2.2. En un segundo punto, considero que la determinación del Tribunal, según la cual “*no pueden separarse radicalmente los criterios de riesgo conflicto y de riesgo beneficio*” es incorrecta, en la medida en que juzgan actividades diferentes, con sujetos activos diferentes (puede ser sujeto privado o estatal en el riesgo beneficio, mientras que en el primero solo puede ser el Estado como se expuso en la crítica anterior) y con circunstancias de igual forma diferentes, lo cual incide en que en el riesgo beneficio puede eximirse de responsabilidad aduciendo el hecho exclusivo de un tercero (el cual es el caso de la sentencia estudiada) mientras que en el riesgo-conflicto no se puede aducir la misma causal.

Ahora bien, no puede caerse en el argumento fácil según el cual, por tratarse de una infraestructura con la cual se presta un servicio público, entonces debe juzgarse con el riesgo conflicto. Debe observarse cada caso a la vez, porque de lo contrario, se podría caer en varias injusticias con este argumento. Piénsese por ejemplo en un hospital, el cual presta el servicio público de la salud y podría entenderse como un bien representativo del Estado. Si a un hospital sufre un atentado similar al del caso estudiado por el Tribunal de la Guajira y luego, se le condena a indemnizar a las víctimas de ese atentado, se estaría victimizando doblemente a esa institución. Igual ejemplo podría proponerse con una institución educativa.

Lo anterior no quiere decir que las víctimas no deban ser indemnizadas; pues precisamente lo que propende la teoría del riesgo conflicto es eso. Lo que se quiere decir es que esa teoría debe ser aplicada de manera correcta y a las instituciones o entidades correctas. Una Empresa Social del Estado -ESE- presta el servicio público de salud y puede llegar a ser un bien representativo del Estado, pero no tiene dentro de su misión ni funciones, el ejercicio de la

soberanía y el monopolio de las armas dentro del conflicto armado interno. Si un atentado llegase a suceder en un caso como el que se propone, deberá observarse la actuación de las entidades que tienen esa labor – ejército, policía, Ministerio de Defensa, etc.- y juzgarse a ellas bajo la óptica del riesgo conflicto, pero no a la institución sanitaria. Lo mismo sucedió con PROMIGAS, pues pese a que presta un servicio público, no ejerce soberanía ni monopolio de las armas. 48

Podría hacerse una imputación conjunta por riesgo conflicto-beneficio, pero solo en aquellos casos en que se presente un daño causado por la actividad que represente un provecho y que sea realizada por un sujeto que ostente el ejercicio de la soberanía y el monopolio de las armas, y para ilustrarlo propongo un atentado guerrillero a una base militar en el momento en que se realiza una feria o revista aérea cuyas ganancias se destinan al ministerio de defensa.

2.3. El tercer cuestionamiento que hago a la sentencia, radica en la fundamentación hecha por el tribunal para el tratamiento de la empresa privada PROMIGAS con base en el argumento de la existencia de un contrato de concesión. Al respecto es importante recordar que con la Constitución Política de 1991 se generó la liberalización de los servicios públicos, lo cual implica que al entrar en vigencia la Carta Magna, la prestación de los servicios públicos dejó de ser monopolio estatal y se convirtió en una actividad de libre ejecución por particulares en un mercado de libre competencia bajo la regulación, control y vigilancia del Estado.

La doctrina al respecto ha dicho:

“Entonces, solo a partir de la Carta Política de 1991, distintos sujetos pueden prestar servicios públicos sin necesidad de celebrar previamente un contrato de concesión o tener expectativa de título habilitante distinto que le permita hacerlo. Lo anterior no implica que para

poder desarrollar este tipo de actividades los distintos sujetos no deban dar cumplimiento a algunos requisitos o exigencias consagrados por la ley. 49

Establece el texto político en su artículo 365: “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” Como puede apreciarse, existe la posibilidad de que sujetos de distinta naturaleza puedan prestar servicios públicos, y se llama la atención sobre la trascendencia que representa el hecho de que los particulares puedan hacerlo.”⁴⁴

Lo anterior no quiere decir que antes de la constitución de 1991 los particulares no prestaran servicios públicos, sino que lo hacían bajo un título habilitante proveniente del Estado con la figura del contrato de concesión como es el caso de la situación fáctica que es objeto de estudio del presente capítulo.

Para el caso de estudio, el Tribunal omitió contextualizar el contrato de concesión celebrado entre PROMIGAS y el Estado colombiano, pues el mismo fue celebrado mucho antes de la Constitución de 1991, momento para el cual era monopolio estatal la prestación de los servicios públicos, pero el atentado que sufrió el gasoducto Ballenas-Barranquilla ocurrió en el año 2001, esto es, 10 años después del cambio de sistema en la prestación de los mismos lo cual

⁴⁴ Montaña Plata, A. (2008). El Concepto de Servicio Público en Derecho Administrativo. 2da ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

no supone para los privados que los prestan el ejercicio de una función pública como pareciera sugerir el tribunal.

50

Y frente al contrato de concesión, el tribunal hace especial énfasis en que una característica del mismo es que se ejecuta a cuenta y riesgo del concesionario, ignorando la posibilidad que tiene el mismo de desplegar medios de defensa efectivos mediante la aplicación de causales eximentes de responsabilidad cuando estas apliquen. El Tribunal Administrativo de la Guajira, parece afirmar que cuando se presente un daño o un evento de responsabilidad con ocasión de un contrato de concesión, el concesionario no podría discutir su responsabilidad frente a las eventuales víctimas demandantes, lo cual termina siendo una doble victimización para una empresa privada que vió afectado su patrimonio por cuenta de un acto terrorista y la justicia le niega además la posibilidad de defenderse frente a los sujetos, que como la misma empresa, resultaron afectados por tales acciones.

Al no ahondar mas el Tribunal en las características especiales que podría tener dicho contrato, que como estudiante desconozco, nos limita para hacer una critica mas exhaustivo frente a este punto en especial, situación que genera inquietudes sobre lo acorde de la aplicación del titulo imputado. De la condena al Ministerio de Minas y Energía, podríamos inferir que habría alguna clausula que comprometa la responsabilidad de ambas entidades en caso de daños a terceros.

A continuación, procederé a exponer algunas conclusiones sobre el riesgo – conflicto, sus elementos diferenciadores con otros riesgos y los comentarios realizados por la doctrina y, además, sobre la aplicación de este riesgo por el Tribunal Administrativo de la Guajira:

- El día 30 de enero de 2014 la versión digital de *Ámbito Jurídico*, publico una entrada llamada “La teoría del “riesgo-conflicto”: ¿falla del servicio o responsabilidad objetiva?” escrita por el profesor Gustavo Quintero Navas, la cual procedo a citar por su pertinencia con el tema:
“Recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado produjo dos decisiones que han suscitado gran interés no solamente en el medio jurídico, sino también en el común de la ciudadanía. Las dos se refieren a la responsabilidad del Estado derivada de daños causados en el marco del conflicto armado. Lo curioso del asunto es que la justicia administrativa colombiana ha venido construyendo desde hace más de 30 años una jurisprudencia abundante en relación con este tema, que hoy día se enmarca en la figura del “riesgo-conflicto”[\[1\]](#).

Antes de comentar brevemente estos casos, conviene efectuar una precisión relacionada con la fuente de esta responsabilidad: legislativa o jurisprudencial. En efecto, en principio, la guerra es fuerza mayor, porque rompe el nexo de causalidad. Por ello, cada vez que surge un conflicto armado, es necesaria la intervención del legislador para que, por medio de la ley, se construya ese nexo causal que permita establecer la forma de responder del Estado. De esa manera, el legislador podrá determinar las calidades de las víctimas, los

tipos de perjuicios y los montos indemnizables. La utilización de esta técnica legislativa, según Jean-Marie Becet[2], permite que todas las víctimas de daños causados por una misma causa y por la misma situación sean indemnizadas de manera idéntica. Es decir, se trata en realidad de un régimen legislativo y no jurisprudencial. En Colombia, la responsabilidad derivada del conflicto armado, como toda la responsabilidad extracontractual, ha sido mayoritariamente de construcción jurisprudencial[3], quizá porque el derecho de la responsabilidad pública surge en medio de ese conflicto, y sin distinguirse se le aplican las reglas propias de la responsabilidad de tiempos de paz[4].

Ese trabajo del juez no se ha hecho sin controversia, que resulta natural, porque invadido ciertamente de un gran sentido de equidad, sus decisiones pueden no ser bien vistas por la administración, que deduce de la condena un reproche. Es esta precisamente la situación que procederemos a comentar. El primer caso[5] tiene lugar luego de varios ataques de la guerrilla contra la estación de policía de un municipio, lo que generó daños a varias edificaciones. El segundo se refiere a combates entre la guerrilla y la Armada Nacional, luego de que guerrilleros lanzaran cilindros de gas contra la estación de policía y la población civil[6]. Estos asuntos, que se diferencian por poco, permitieron al Consejo de Estado condenar bajo la aplicación de la teoría del “riesgo-conflicto”.

En principio, se podría creer que esta teoría se inscribe en un régimen de responsabilidad objetiva, particularmente por riesgo especial de daño, y más específicamente en la categoría de “situaciones peligrosas”[7], como lo serían precisamente estos tipos de ataques, pero de la lectura de los fallos se estaría más cerca de la falla del servicio, pues se formula un

reproche: “en zonas en las cuales se vea alterado el orden público con frecuencia, 53 las estaciones de policía deben tener una ubicación que no ponga en riesgo a la población aledaña”.

Si nos atenemos de manera estricta al campo jurídico, la decisión debe preocuparse más de la situación de la víctima que de la manera como se realiza el daño. Es frente a la víctima que se predica la aplicación de un régimen de responsabilidad más favorable, la objetiva. Así, aunque loable, no sería dado al juez sugerir, mediante una sentencia de responsabilidad, la ubicación de las estaciones de policía. Es legítimo que ellas estén donde lo consideren, porque están para proteger a los ciudadanos. Ahora bien, si como consecuencia del conflicto se convierten en blancos de guerra, su sola presencia se constituye en el nexo de causalidad para que se derive una condena sin reproche alguno, en este caso, a la Policía.

En este mismo sentido, la intervención de un tercero –guerrilla– en la causación del daño, sería irrelevante porque es la existencia de un bien público –estación de policía– lo que expone a la ciudadanía a un riesgo especial de daño, pero, insisto, de manera legítima.

La invocación del Sistema Interamericano conduce de igual manera a suponer que la teoría del “riesgo-conflicto” realmente se trata de una falla del servicio, por cuanto impone a la administración el cumplimiento de obligaciones, así como lo transcribe la sentencia comentada al afirmar que: “Esta postura resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que al respecto ha señalado que en situaciones de conflicto armado las obligaciones de adoptar medidas positivas de protección y prevención,

adquieren un carácter superlativo, por lo que su inobservancia puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado”. 54

Es indudable que el juez administrativo colombiano ha contribuido enormemente al desarrollo de la responsabilidad patrimonial derivada del conflicto armado, pero esos esfuerzos dejan ver que en el deseo de proteger a las víctimas, se vacila un tanto en la aplicación de los criterios de la responsabilidad. Quizá sea necesaria la intervención del legislador, consagrando lo hasta ahora consolidado maravillosamente por el juez colombiano, que para los efectos se ha convertido en un referente de importancia en el derecho comparado, para que se garantice el principio de igualdad de las víctimas frente al daño, especialmente en estos tiempos de post-conflicto.”⁴⁵

En la misma publicación se tiene como invitado al profesor Maximiliano Aramburo Calle, quien al respecto comenta:

“Desde un punto de vista (casi exclusivamente) argumentativo, las sentencias comentadas sobre el “riesgo-conflicto” como título de imputación adolecen de, al menos, dos problemas. En general, es aceptada en la cátedra y en el foro la posibilidad teórica de que actuaciones legítimas del Estado –como la ubicación de estaciones de la Policía Nacional en cascos urbanos– comprometan su responsabilidad patrimonial. Por ello, no debería extrañar la condena al Estado en ninguno de los dos casos, como no ha extrañado antes en decenas de

⁴⁵ www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/administrativo-y-contratacion/la-teoria-del-riesgo-conflicto

casos similares. Lo que resulta problemático es, por un lado, la inconsistencia del planteamiento asociado a la responsabilidad objetiva por daño especial con los juicios de reproche que denuncia el profesor Quintero Navas. Y por el otro, el riesgo de la pendiente resbaladiza: sin una definición clara de zona de riesgo (a la que contribuye apenas de manera tímida la sentencia de Cravo Norte), toda guarnición de la fuerza pública es un factor de riesgo para la población civil vecina, susceptible de generar este tipo de responsabilidad. Ahora bien: debería ser claro que no se trata de una condena al Estado por haber causado los daños. Es un problema de imputación, que para las víctimas se traduce en un “caso fácil”, mientras que para el Estado podría ser lo que Manuel Atienza denomina caso trágico, pues estará llamado a responder patrimonialmente tanto si hace presencia en la zona, como si no la hiciera, solo que a un título distinto de imputación.”

- Frente a la construcción jurisprudencial del riesgo-conflicto, se puede concluir en primer lugar, que la misma obedeció a la necesidad de adecuar las teorías de responsabilidad extracontractual del Estado a la realidad del país y su situación sociopolítica, y en segundo lugar que sus requisitos, como claramente lo expresa el Consejo de Estado son i) un ataque por parte de un grupo armado al margen de la ley contra ii) una instalación, institución o sujeto que pueda considerarse como objetivo militar en el marco del conflicto actual iii) en un espacio geográfico en que el conflicto ha sido evidente de manera clara y iv) un daño sufrido por la comunidad que no se encuentra como parte de la disputa. Lo anterior genera una responsabilidad por parte del Estado, al ser este quien lleva a cabo la actividad peligrosa del ejercicio de la soberanía por medio del monopolio de las armas.

- Además de lo anterior, la creación del riesgo – conflicto aligera de gran manera la actividad probatoria que tendrían que desplegar las víctimas, en un proceso por daños ocasionados por actos terroristas, que fuese juzgado bajo la óptica de la falla en el servicio. Esta situación era observada por el doctrinante GIL BOTERO en su obra en el 2011, en la cual, señalaba: *“Corresponde a la víctima del atentado terrorista, desvirtuar la imprevisibilidad e inevitabilidad del acto violento, para dar por establecida la falla del servicio.*

El juez colombiano exige de manera implícita una falla grave como se desprende del contenido de sus decisiones en la materia, lo cual constituye un obstáculo más para las víctimas en el vía crucis probatorio de demostrar la responsabilidad por esta forma de violencia.

Ha sido regla general de la jurisprudencia del Consejo de Estado negar indemnizaciones por los daños causados por atentados terroristas, amparándose en el criterio de la eximente de responsabilidad del hecho del tercero, en lo que sigue el esquema clásico de la responsabilidad que considera que el daño sufrido por los particulares, como consecuencia del atentado terrorista, es un claro hecho típico de fuerza mayor.”⁴⁶

⁴⁶ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición.

En ese orden de ideas, plantear que estos casos deben juzgarse bajo la falla en el servicio, sería hacer un retroceso en los derechos de reparación integral de las víctimas; pues como se ha explicado, tendrían una actividad probatoria mas ardua. 57

- Frente a la confusión que puede presentarse entre el riesgo peligro y el riesgo conflicto frente al tema de las armas, es importante aclarar que la diferencia recae sobre el sujeto que genera el daño. Mientras en el primer título es la administración quien genera el daño, en el segundo caso es un tercero quien lo hace. Para ejemplificar podemos tomar la diferencia entre una explosión por el manejo inadecuado de una granada por parte de un soldado, que sería la concreción del riesgo peligro, y los daños generados por un cilindro bomba lanzado por la guerrilla contra la población civil. En el caso de la explosión de la granada, si logra demostrarse que quien manipulaba el artefacto exclusivo fue un tercero o la misma víctima, podría lograrse una exoneración. Muy diferente es el caso del cilindro bomba, pues al ser el hecho de un tercero en procura de desestabilizar a la nación y alterar el orden público, se configuran los requisitos esenciales para entrar en el supuesto del riesgo conflicto.
- Frente a la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de la Guajira, con ocasión del atentado al gasoducto Ballenas-Barranquilla propiedad de la empresa Promigas, concluyo que no hay un desarrollo jurisprudencial ni doctrinario lo suficientemente amplio y detallado que permita determinar si fue o no acertado, pues al ser una figura relativamente nueva tiene aún muchas aristas por pulir y afinar. En tal sentido, podrían encontrarse críticas a favor y en contra de la sentencia condenatoria en que resulta responsable la empresa Promigas, siendo

mi posición la segunda pero con la claridad de que la sentencia no brinda los datos
suficientes para sostener de manera precisa cualquiera de las dos.

Bibliografía, webgrafía y normatividad

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O. Tratado de Derecho Administrativo. 4ta ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007.

TAMAYO Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico, El Riesgo Excepcional y las actividades peligrosas. Bogotá: Editorial Temis S.A.

OLANO GARCÍA, Hernán A. Preguntas, respuestas y casos de derecho administrativo general y colombiano. (p. 111). Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2005.

RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Segunda Edición. Ecoe Ediciones. Bogotá. 2013

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta Edición. Temis. 2011. p. 280

Saavedra Becerra, R. (2005). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. 3rd ed. Bogotá: Ibáñez.

Palacio Hincapié, Juan A. (2008) Derecho procesal administrativo. 6ta ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.

CUELLO IRIARTE, Gustavo. El Daño Especial, como Título de Imputación de la Responsabilidad del Estado: Historia. Legislación. Jurisprudencia. Gustavo Cuello Iriarte, Adriana Cuello Hermida, Jenaro Andrés Puerto Valencia. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 2009.

Doctrina y Ley Ltda. 2010

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Temis. 2010.

Montaña Plata, A. (2008). El Concepto de Servicio Público en Derecho Administrativo. 2da ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/administrativo-y-contratacion/la-teoria-del-riesgo-conflicto

<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/> De la Responsabilidad Objetiva

Consejo de Estado, sección tercera. (13 de septiembre de 1991). Exp 6453. [M.P Daniel Suarez Hernández].

Consejo de Estado, sección tercera. (28 de agosto de 2014) Exp. 36149 [M. P. Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado, sección tercera. (23 de abril de 2008). Exp 15750. [M.P Mauricio Fajardo Gomez]

Consejo de Estado, sección tercera. (26 de febrero de 2015). Expediente de sentencia No. 27544. [M.P Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado, Sección tercera. (13 de noviembre de 2016). Expediente de sentencia 29334 [M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Consejo de Estado, Sección tercera. (abril 17 de 2011). Expediente de sentencia 20750 [M.P Mauricio Fajardo]

Consejo de Estado, Sección tercera. (marzo 8 de 2007). Expediente de sentencia 27434 61

[M.P María Eugenia Aldana Reyes]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (27 de febrero de 2013). Expediente de sentencia 24734.

[M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Cconsejo de Estado. Sección Tercera. (20 de febrero de 1989) Exp 4655 [M.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de abril de 2009) Exp15001. [MP. Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (15 de marzo de 1991) Exp 6122. [M.P: Carlos Betancur Jaramillo]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de octubre de 1992) Exp 5946. [MP. Juan de Dios Montes Hernández]

Consejo de Estado, Sección tercera. (17 de junio de 1993). Expediente de sentencia 7533 [M.P Julio Cesar Uribe Acosta]

Consejo de Estado, Sección Tercera (30 de julio de 1992). Expediente de sentencia 6828 [M.P Julio Cesar Uribe Acosta]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (10 de agosto de 2000). Expediente de sentencia 11585. [M.P. Alier Eduardo Hernández]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de octubre de 2012) Expediente de sentencia 18472. [M.P Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18536, CP. Ruth Stella Correa].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (octubre 13 de 2017), expediente de sentencia No. 51061. [M.P Danilo Rojas Betancur] 62

Consejo de Estado, Sección tercera (30 de julio de 2015) Expediente de sentencia 33938. [M.P Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sección Tercera(28 de octubre de 2013) Exp 27954. [M.P. Ramiro Pazos Guerrero]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (6 de julio de 2017) Exp 55169.[M.P Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2 de mayo de 2016) Exp 35874.[M.P Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (30 de marzo de 2017) Exp 29637.[M.P Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (8 de junio de 2017) Exp 39060.[M.P Danilo Rojas Betancourth]

Consejo De Estado. Sección Tercera. (26 de marzo de 2008). Exp 16530. [M.P. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo De Estado. Sección Tercera. (29 de septiembre de 2015). Exp 21774. [M.P. Stella Conto Díaz]

Consejo De Estado. Sección Tercera. (30 de abril de 2014). Exp 28214 [M.P. Danilo Rojas Betancourth]

Consejo De Estado. Sección Tercera. (29 de agosto de 2013). Exp 30283 [M.P. Danilo Rojas Betancourth]

Consejo De Estado, Sección Tercera. Sentencia.(26 de marzo de 2008). Exp 16530.

63

[M.P. Mauricio Fajardo Gómez]

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera,. (26 de marzo de 2008). Expediente de sentencia: 16530.

[M.P Mauricio Fajardo Gómez]

¹ Consejo de Estado, sección tercera.(29 de octubre de 2012) Expediente de sentencia 18472.

[M.P Danilo Betancourth Rojas]