

# APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD \*

*Dr. Gustavo de Greiff R.\*\**

## *De la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Prestación de Servicios Médicos y de la Carga de la Prueba*

**E**n Colombia, con ocasión del fallo que se profirió en el mes de octubre de 1989 contra el Instituto de los Seguros Sociales, del cual quien esto escribe fue ponente, tuve ocasión de examinar lo concerniente a la responsabilidad del Estado por los daños ocurridos a una ciudadana al practicársele una intervención quirúrgica, es decir la llamada responsabilidad por la prestación de servicios médicos.

El caso, llegado en apelación a la Sección Tercera del Consejo de Estado, puede sintetizarse así

---

\* Este ensayo, aumentado y corregido, corresponde a la intervención del autor en el Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, celebrado en la Ciudad de México, en el mes de octubre de 1999, bajo la coordinación del Instituto Nacional de Administración Pública y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El autor ha sido en su país, Colombia, Consejero de Estado, Rector de la Universidad del Rosario, Fiscal General de la Nación y Embajador de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

\*\* Exconsejero de Estado de Colombia

Una ciudadana, de nombre María Helena Ayala de Pulido pidió, en proceso incoado ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, que se condenara al Instituto de Seguros Sociales a pagarle el valor de los perjuicios materiales y morales que se le ocasionaron cuando habiendo concurrido a dicha institución estatal para que se le practicara una ligadura de trompas ocurrió que al día siguiente de la intervención quirúrgica, en el curso de la cual se le administró anestesia raquídea, comenzó a sufrir de un intenso dolor en los miembros inferiores con adormecimiento desde la región inguinal hacia abajo. Esta situación persistió durante varios meses hasta cuando finalmente se le diagnosticó una "Aracnoiditis a nivel lumbar", habiendo quedado con una parálisis definitiva que la postró de manera permanente a una silla de ruedas con las consecuencias morales y económicas consiguientes. Alegó, pues, que se había presentado una falla del servicio de la cual responsabilizó a la institución mencionada.

*Las tesis que resultan de lo expuesto en la parte motiva de la sentencia en cuestión, que ahora reafirmo, pueden resumirse así:*

- 1°. La fuente de la obligación indemnizatoria, en general, es el daño;
- 2°. Que la culpa constituya uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad no significa o implica que su prueba corresponda a quien sufra el daño;
- 3°. Es artificiosa, carece de respaldo en la ley y es, además, inútil, la teoría que la doctrina y la jurisprudencia han creado llamada de la presunción de culpa por daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas;
- 4°. La responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio requiere de la presencia del elemento culpa, pero el perjudicado, para triunfar en sus pretensiones indemnizatorias, no está obligado a establecerlo o demostrarlo.
- 5°. La responsabilidad extracontractual del Estado por daños ocasionados con ocasión de la prestación de servicios médicos no constituye un caso especial y se enmarca dentro de los principios generales de la falla del servicio.
- 1°. Ha sido principio universal que cuando en un juicio se pretende que se declare que sobre el demandado pesa una obligación a favor del actor, éste debe demostrar la existencia de tal obligación. Así lo estipula en el derecho positivo colombiano el art. 1757 del Código Civil y el art. 177 del Código de Procedimiento Civil.<sup>1</sup> Ahora bien, como de acuerdo con el art. 1494 del Código Civil, las obligaciones nacen o del concurso de la voluntad de dos o más personas (contratos o convenciones), o de un hecho voluntario de la persona que se obliga (aceptación de herencia o legado y

---

<sup>1</sup> El art. 177 se aplica también a los procedimientos contencioso administrativos según lo dispuesto por el art. 168 del Código sobre la materia.

cuasicontratos), o de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona (responsabilidad contractual o cuasicontractual) o por disposición de la ley, en un proceso por responsabilidad, lo que debe probar el acreedor es el hecho que da lugar a la obligación indemnizatoria, es decir, el daño o la injuria.<sup>2</sup>

En el moderno derecho procesal cuando se habla de carga de la prueba no se está significando quién debe probar cada hecho, en el sentido de que si ese quien no lo hace sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo a quien tiene interés jurídico en que resulte demostrado un hecho determinado. Por esto, la gran mayoría de los actuales códigos de procedimiento civil le dan al juez amplias facultades para decretar las pruebas que considere indispensables para formar su convencimiento con respecto del contenido de la litis.<sup>3</sup>

**2º.** En el derecho privado la responsabilidad por el daño causado a una persona se ha dividido o clasificado en contractual y extracontractual, según que se esté en presencia de una violación de obligaciones convenidas o acordadas por las partes o resulte de la violación del principio general de no causar daño a la persona o propiedad de otro (*ei neminem laedere*).

Para determinar la extensión o campo de las obligaciones asumidas contractualmente, se ha hablado de obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Se dice que son obligaciones de resultado aquellas que tienen por objeto un hecho "claro preciso y de contornos definidos", o en otras palabras, "cuando el objeto de la obligación se identifica con el fin que persigue el acreedor, ésta se llama de resultado"; en cambio, la obligación es de medio<sup>4</sup> cuando su objeto es un hecho "de lineamientos esfumados" y se estará en este caso, "cuando el deudor no se compromete a realizar u obtener un determinado resultado, sino sólo a poner los medios que de ordinario conducen a ello".<sup>5</sup> Ejemplos de la primera clase serían todas las obligaciones de dar, algunas de las de hacer (promesa de contrato, las de depositario, las del mutuario, etcétera) y las segundas las de médico y el abogado.

La distinción entre obligaciones de medio y de resultado ha servido en la doctrina y en la jurisprudencia, para determinar en el campo de la responsabilidad contractual la carga probatoria del deudor (obsérvese que del deudor, no del acreedor) y para este efecto se ha dicho: quien debe una prestación nacida de una convención no puede justificar su incumplimiento sino con prueba de que ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito o por culpa de la víctima; sin embargo, cuando la obligación es de medio, entonces podrá justificarlo demostrando diligencia y cuidado, es decir, que no obstante

<sup>2</sup> En el derecho mexicano la cosa es aún más clara pues el art. 1910 de su Código Civil señala quién debe indemnizar el daño y quién debe probar la causa que exculpa la responsabilidad, y el art. 2104 y sus concordantes indican quiénes son responsables del incumplimiento de una obligación y cuáles las causas que exculpan esa responsabilidad.

<sup>3</sup> Art. 79 del Código Federal de los Procedimientos Civiles en México, y art. 179 del C. de P.C. Colombiano.

<sup>4</sup> Henri Mazeaud en su obra "Ensayo de clasificación de las obligaciones", impropriamente la llamó de prudencia y diligencia, como si en las de resultado no se requiriera la misma conducta.

<sup>5</sup> R. Uribe Holguín, De las Obligaciones y del Contrato en General, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, págs. 15 y ss. y 172 y ss.

haber sido cuidadoso y diligente, el resultado que de él se esperaba no se logró; sin embargo, esto no es así como más adelante se explicará.

En cuanto a la carga probatoria del acreedor, a éste le bastará demostrar la existencia de la obligación (es decir, demostrar su fuente, o sea el contrato), pudiendo entonces pedir su cumplimiento o su resolución, con indemnización de perjuicios, moratorios en el primer caso o compensatorios y moratorios en el segundo, los que deberá demostrar. Los daños deben ser consecuencia o efecto del incumplimiento de la obligación reclamada.

En Colombia y en Chile, la mayoría de los tratadistas y de la jurisprudencia sostienen que basta la prueba de la obligación - el contrato -, sin que al mismo tiempo sea indispensable, al acreedor, demostrar el incumplimiento, el que bastará que lo afirme; para ello se fundan en lo prescrito por el art. 1757 del C.C. en concordancia con el inc. 3º del art. 1604 ib. del C.C. colombiano (artículos que corresponden a los 1547 y 1698 del Código Civil Chileno). El deudor, de acuerdo con dichas normas es quien tiene que demostrar o su diligencia o cuidado o que no se alcanzó el resultado concreto esperado de él, debido a fuerza mayor o caso fortuito o a culpa exclusiva de la víctima.<sup>6</sup>

En otros países, como por ejemplo en España, los tratadistas sobre la materia (responsabilidad contractual), sostienen la necesidad de demostrar no sólo la obligación sino el incumplimiento del deudor. Esto se debe a que en los Códigos de los países a los que pertenecen tales tratadistas no se encuentran disposiciones como las citadas en los códigos colombiano y chileno.<sup>7</sup> Pero ni aún en esos países se exige al acreedor de la indemnización por incumplimiento de contrato que deba demostrar que ese incumplimiento y el daño consiguiente se deban a culpa del deudor, es decir de quien incumplió.

En el campo de la responsabilidad extracontractual, por un mal entendimiento de las cosas, la posición tradicional, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el acreedor a una indemnización por daño que se le hubiera inferido, demuestra su derecho o, lo que es lo mismo, la obligación del deudor, probando el hecho ilícito de éste, su culpa, el daño sufrido y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Sostengo que la idea de que el acreedor debe demostrar la culpa del autor del perjuicio nació o surgió de un erróneo entendimiento de la norma general que establece la responsabilidad por los daños o perjuicios causados.

---

<sup>6</sup> Art. 1757: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Art. 1604, inc. 3º: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, la prueba del caso fortuito al que lo alega." En el derecho mexicano el art. 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene la norma general según la cual "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones". Además, como la afirmación de haberse incumplido un contrato es de un hecho negativo, la carga de la prueba incumbe del hecho positivo contrario (es decir, que se cumplió) incumbe al demandado, como lo ha expuesto la Suprema Corte de Justicia de México. Véase Teoría de las Obligaciones, J. Martínez Alfaro, Ed. Porrúa, México 1998, p. 263

<sup>7</sup> Así puede verse no sólo de la lectura del Código Civil español sino, por ejemplo, de la obra La Responsabilidad Contractual, de que es autor Francisco Jordano Fraga, Ed. Civitas, 1987.

En efecto, el art. 2341 del C.C. colombiano, establece que "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". A su vez, el art. 1910 del C.C. mexicano, dispone que "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

A la luz de estas disposiciones, se ha sostenido que la responsabilidad extracontractual tiene como elementos axiológicos un acto ilícito, la culpa, el daño y la relación de causalidad entre aquélla y éste, y que al actor o demandante de una indemnización le corresponde demostrar tales elementos para que pueda condenarse al demandado como autor del daño y como obligado a su reparación.

Sin embargo, si tales disposiciones no se leen aisladamente sino dentro del contexto de las que regulan las "obligaciones que nacen de los actos ilícitos", que es el título de la parte correspondiente del código mexicano o de las que regulan la "responsabilidad común por los delitos y las culpas", se podrá apreciar que ellas lo que hacen es señalar cuándo se incurre en una responsabilidad extracontractual por reunirse los elementos constitutivos de ésta, pero no que ellos tengan que ser demostrados por el actor.

En el derecho mexicano la conclusión es evidente pues claramente establece que el que obra ilícitamente y causa un daño debe repararlo y que no estará obligado a hacerlo si demuestra que se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, de donde es claro que es al deudor demandado a quien corresponde la prueba de la ausencia de culpa y no al actor a quien debe atribuirse la carga de demostrar la culpa. Pero también esto es claro en el derecho colombiano pues la disposición general contenida en el art. 2341 sólo está diciendo cuándo el que causa el daño debe repararlo, puesto que establece, según lo transcrito, que es cuando ha cometido un delito o culpa que ha causado un daño. Esta disposición tiene que armonizarse con la que dispone que el daño es la fuente de la obligación de reparar en caso de delito o culpa, por lo que es el daño el que debe ser probado por el acreedor, demandante de la indemnización correspondiente.

A mayor abundamiento, debe anotarse que lo que debe probarse en un litigio son los hechos materiales, es decir los acontecimientos que se producen en el mundo físico, de los cuales el juez inferirá si las decisiones de quienes los provocaron fueron voluntarias o no, decididas y realizadas de manera cuidadosa o negligente, y aplicará las consecuencias que a ellos atribuya la ley.<sup>8</sup> La culpa no es un hecho sino la falta de diligencia y cuidado que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del autor o, mejor, consiste, como la define el Código de

---

<sup>8</sup> El art. 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, con toda claridad expresa que "Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho."

Procedimiento Penal, en no haber previsto las consecuencias dañinas de un acto habiendo podido prevenirlas o en haber confiado imprudentemente en poderlas evitar habiéndolas previsto. La culpa es pues "la voluntad intencional o no intencional con que libremente se ejecuta un hecho ilícito o se incumple una obligación",<sup>9</sup> de donde, como el hombre goza de libre albedrío para decidir entre pagar o cumplir una obligación y no hacerlo, y entre ejecutar un hecho dañino o no ejecutarlo, si escoge el incumplimiento de la obligación o la ejecución del hecho dañino, siempre habrá culpa en la elección que así haga y por excepción habrá dolo, cuando el propósito manifestado en la acción sea inferir injuria o daño a la persona o propiedad de otro y esa culpa, que constituye algo subjetivo, se manifiesta con la comisión del hecho o con el incumplimiento de la obligación; es algo subjetivo que se exterioriza con la ejecución de actos materiales que traslucirán ese estado de la conciencia y la voluntad. La culpa es una calificación que se da a unos hechos, que en abstracto pueden haber sido ocasionados o por dolo o por culpa o por fuerza mayor o caso fortuito.<sup>10</sup> En síntesis, lo que se prueba son los hechos que el actor en un juicio alegue que fueron causados por la culpa de quien dio lugar a ellos.

No es entonces, posible la prueba de la culpa misma sino que ella surgirá de los hechos. En otras palabras, probada la autoría de un daño y los perjuicios causados por éste, el juez deberá deducir o inferir que su autor (el demandado) procedió culposamente o no, y, en el primer caso, a él (al autor), para salvar su responsabilidad y no ser condenado al pago de los perjuicios, le corresponderá la demostración de que actuó con la diligencia y cuidado debidos o que ellos se produjeron por una fuerza mayor o un caso fortuito al cual no le fue posible resistir.<sup>11</sup>

La ilicitud del acto, elemento también axiológico de la responsabilidad, tampoco debe probarla quien alega tener derecho a una indemnización, pues ella resulta o de la obligación o deber general de no causar daño a la persona o propiedad de alguien (el *nemine laedere*) o de obligación o deber concreto establecido por el legislador o por convención entre las partes.<sup>12</sup>

Existen algunos casos de obligación o deber indemnizatorio en los que se sostiene que no se requiere la nota o elemento de ilicitud o antijuridicidad del hecho y de su consecuencial daño y al efecto se mencionan las normas que permiten, por ejemplo, cavar en suelo ajeno para sacar dinero o alhajas propias (art. 702 C.C.<sup>13</sup>) o el del dueño de un

<sup>9</sup> Ricardo Uribe Holguín, *De las Obligaciones y del Contrato en General*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, págs. 101 y ss.

<sup>10</sup> La culpa de la víctima, en caso de ser causa del daño, es para el deudor un caso fortuito si no pudo prevenirla y le fue imposible evitarla.

<sup>11</sup> Este es el fundamento filosófico de la norma contenida en el art. 1604 inc. 3º del C.C. colombiano, relativo a la responsabilidad contractual pero aplicable igualmente a la extracontractual por existir una misma razón de hecho, como lo sostiene con propiedad el tratadista y profesor universitario Dr. Ricardo Uribe Holguín en su obra citada en la nota 8 ut supra. Recuérdese que el inciso citado dispone que "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo: la prueba del caso fortuito al que lo alega."

<sup>12</sup> El Dr. Fernando Hinestrosa, Rector de una de las más prestigiosas universidades colombianas, en sus conferencias como Profesor del Curso de Derecho Civil Obligaciones, menciona dentro de esos deberes concretos de no causar daño, los establecidos en los arts. 353 y 257 del C.C., que obligan a los padres a asistir a sus hijos menores; en el art. 2221 ib. que obliga al deudor a restituir la suma mutuada; en el art. 1002 ib. que obliga al dueño que en ejercicio de facultades propias daña al vecino, sin reportar utilidad legítima, a cesar su actividad y resarcir los daños; en el art. 308 del C. de P.C. que obliga a quien no cubre en el término fijado en la sentencia la indemnización a que se le condenó, a pagar los perjuicios derivados de la nueva violación (el autor, por la época de su escrito, en verdad cita el art. 549 del C.J., que en el nuevo código de la materia encuentra su correspondencia en el 308). (Segunda edición mimeográfica, 1961, pág. 329 y ss.)

<sup>13</sup> En el derecho mexicano ver los arts. 882 y 885 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.

fundo que no tiene salida a la vía pública en cuyo caso puede, es decir tiene derecho, a imponer servidumbre de tránsito a los colindantes, ocupando el terreno ajeno necesario (art. 905 ib.)<sup>14</sup> y en el Código de Comercio se podría citar el art. 1071 que da derecho a la resolución unilateral del contrato de seguros,<sup>15</sup> o, volviendo al Código Civil, el art. 2056 que permite, es decir da derecho, al que encarga una obra para hacerla cesar;<sup>16</sup> entonces, se alega, en tales casos el hecho no es ilícito, por cuanto su autor lo puede realizar en ejercicio de una expresa facultad que la misma ley le da y sin embargo el que cava, impone una servidumbre o revoca, debe pagar perjuicios (en el caso del asegurador, devolver una parte proporcional de la prima), de donde el daño no sería antijurídico y sin embargo hay obligación de repararlo, por lo que no es cierto que el elemento hecho ilícito sea de la esencia de la responsabilidad extracontractual. En el campo del derecho administrativo podría esgrimirse la misma tesis si se recuerda que jurisprudencialmente se ha admitido la responsabilidad del Estado en los casos de indemnización por daño especial, por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra o por riesgo excepcional.

Sin embargo, la presencia de eventos como los mencionados, tanto en el campo civil como en el comercial o en el público o administrativo, en nada contradicen la exigencia del elemento de la antijuridicidad o ilicitud, del que se viene hablando, porque el hecho de que el daño no antijurídico deba ser reparado en ciertos casos, no implica que el ilícito no deba serlo siempre. Como expresa Adriano de Cupis "Es inconcebible un daño antijurídico desprovisto de sanción, ya que la norma encargada de tutelar el interés dañado estaría desprovista del nervio de la fuerza jurídica, mientras que no sólo no hay razón alguna para imponer una reacción general contra el daño no antijurídico, sino que es más, si se estableciere, se vulneraría la misma entraña de la convivencia social. En línea de principio debe valer y no puede ser de otra manera, que el daño no antijurídico debe ser soportado por el sujeto del interés lesionado, lo cual no es óbice, por supuesto, para que en casos especiales [como serían los atrás mencionados y algunos similares a los que el autor cita como de la legislación italiana], se produzca una determinada reacción jurídica".<sup>17</sup>

La antijuridicidad o ilicitud del hecho es también elemento axiológico de la responsabilidad del Estado por falla del servicio, como lo han puesto de presente en Colombia, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado,<sup>18</sup> sin que por ello su prueba tenga que corresponder al acreedor demandante de la indemnización.

### 3°. Si pues la culpa es elemento axiológico de la responsabilidad tanto contractual

<sup>14</sup> En el derecho mexicano ver el art. 1095 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.

<sup>15</sup> En el derecho mexicano ver art. 107 de la Ley sobre el Contrato de Seguros.

<sup>16</sup> En el derecho mexicano ver el art. 2635 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.

<sup>17</sup> A. De Cupis, *El Daño*, N° 9, Ed. Bosch, Barcelona 1975.

<sup>18</sup> Dijo la Corte en Julio 10 de 1941: Para que el estudio sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto sea administrativo y que el hecho ilícito se realice en función directa con la prestación del servicio. Si por el contrario el empleado ha utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio de 1941, G.J., Tomo LII, N°. 1. Así como su conducta ostensiblemente ilegal, son la causa de la responsabilidad de la Nación." (Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera, septiembre 13 de 1984, Exp. 3641. Actor: Alberto Estefan Estefan. Anales, Segundo semestre 1984, p. 695.) (Subraya de la Sala).

como extracontractual pero no corresponde demostrarlo al demandante acreedor a una indemnización, por las razones expuestas, necesariamente habrá que sentar la tesis de que es artificiosa, carece de respaldo en la ley y es, además, inútil, la teoría que la doctrina y la jurisprudencia han creado llamada de la presunción de culpa por daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas.

A la teoría que critico se llegó, porque partiendo del supuesto falso, según lo demostrado en la sección anterior, de que el deudor tenía que demostrar los elementos axiológicos de la responsabilidad y, especialmente, el de la culpa del autor de los daños, se pretendió, por razones de equidad, aligerarle esa carga y se inventó la figura de la presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas. En estos casos, se afirmó, al acreedor le bastará demostrar el hecho ilícito, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste, pues la culpa se presume. Y así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de marzo de 1938, expresó: "La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. No es excepción al principio que informa las disposiciones legales a que aquí se alude la que hace responsable de la pérdida del cuerpo cierto a quien debe su entrega, puesto que está obligado a conservarlos mientras la haga, y, por ende, a poner en ello la diligencia y cuidado correspondientes según la naturaleza o estipulaciones del respectivo contrato o las pertinentes disposiciones legales. A ese mismo principio, determinante de lo que sucede en los ejemplos que brevemente acaban de imponerse, obedece el art. 2341 del Código Civil, según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesta cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: Tal su categórica redacción".

"El artículo 2356 *ibidem*,<sup>19</sup> que mal puede reputarse como repetición de aquél ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente debe repararse el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona".

"Exige, pues, tan sólo, que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer".

"Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el Código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento

---

<sup>19</sup> Este artículo dispone: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación.

<sup>1º</sup> El que dispara imprudentemente una arma de fuego.

<sup>2º</sup> El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.

<sup>3º</sup> El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino." Esta disposición tendría su concordante en el art. 1913 del Código Civil Mexicano.

material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos ejemplos el disparo imprudente de una arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de un acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial".

"La teoría del riesgo, según la cual a quien lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman en esta teoría, causados por el agente respectivo, como sería en esos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño".

"A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales".

"Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio Código disposiciones permisivas que sin interpretación forzosa ni descaminada, permiten atender el equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima".

"Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad.<sup>20</sup> De donde se sigue que la carga de la prueba, onus probandi, no es del damnificado sino del que causó el daño con solo poderse imputar a éste su malicia o negligencia".

---

<sup>20</sup>En sentencias posteriores la C. S. de J. aclaró que no se trata de una presunción de responsabilidad sino de una presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas.

"No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producir los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los elementos necesarios de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima".

"No es el artículo 2356 caso único en que nuestro legislador con sabia amplitud haya prevenido o resuelto por anticipado problemas que en otros países no han venido a resolverse sino a poder de lucha jurisprudencial tesonera por la falta o contra la rigidez de textos legales. Nuestro Código de Comercio suministra ejemplos de aquel avance. Basta en ese sentido traer a cuenta aquí la manera discriminada como nuestro Código Civil reglamenta el error y su influencia sobre la validez del consentimiento. Al distinguir error in negotio, in corpore, in substantia, contiene respecto a este último la disposición del inciso 2º del artículo 1511.<sup>21</sup> a cuya luz nuestros abogados y jueces se han visto libres de poderosas dificultades que los de Francia, por ejemplo, reducidos al texto de su artículo 1110<sup>22</sup> no han podido vencer sino a poder de la referida labor de que dan fe sus admirables construcciones".

A partir de esta sentencia puede decirse que la jurisprudencia de la Corte se unificó en el sentido de considerar que el artículo 2356 permite interpretar que a quien desempeña actividades peligrosas se le puede imputar malicia o negligencia y que, por consiguiente, la carga de la prueba no es de cargo del damnificado sino del que causó el daño. No dijo esa primera sentencia a la carga de la prueba de qué se refería, pero al hablar de presunción de responsabilidad, de que no se estaba atropellando la presunción de inocencia y de que en actividades caracterizadas por su peligrosidad el hecho dañoso lleva en sí los elementos de negligencia o malicia, fácilmente se colige que la Corte quiso referirse a una pretendida carga de probar la culpa; más adelante se verá por qué se habla de una "pretendida carga".

La Corte Suprema de Justicia y más concretamente su Sala de Casación Civil no ha vuelto a cuestionar la validez de la tesis sino que se ha preocupado sólo por determinar

<sup>21</sup>Esta norma establece: "El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa [distinto del error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato] no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte." El Código Civil Mexicano no contiene una disposición relativa al error sobre la cosa objeto del contrato y se limita a regular el error sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, sentando que ese error invalida el contrato "si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

<sup>22</sup>El art. del C.C. francés dice: "L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention."

otras actividades peligrosas, aparte de las que resultan de los que llamó ejemplos dados por el artículo 2356 y del manejo de automotores y así ha dicho que también lo son la operación de ferrocarriles (ya insinuada en el fallo transcrito) o de calderas, la conducción de bicicletas, y hasta la fumigación de cultivos realizada con sustancias tóxicas.<sup>23</sup>

En materia de perjuicios ocasionados con ocasión de actividades médicas la Sala de Casación Civil, en un interesante fallo del 14 de octubre de 1959, al tiempo que explicó que "existen hechos que al mismo tiempo que constituyen una infracción de una convención pueden originar la responsabilidad extracontrato, entre las mismas partes" afirmó que las actividades médicas se encuadran dentro de las llamadas actividades peligrosas y que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al médico.<sup>24</sup>

El Consejo de Estado no se ha quedado atrás en el mismo ánimo de favorecer al acreedor de una indemnización por falla del servicio y trasladó al campo administrativo la misma teoría de la presunción de culpa bajo la denominación de "falla presunta del servicio",<sup>25</sup> como se verá más adelante.

La doctrina civilista, por su parte, tampoco se ha quedado atrás, y así, por ejemplo, el tratadista colombiano y profesor universitario, Javier Tamayo Jaramillo, en su obra "De la Responsabilidad Civil",<sup>26</sup> advierte: "...Bien vistas las cosas, la culpa, en su pureza ontológica, es de imposible demostración. Por ello habrá que decir que jamás se podrá llegar a una culpa probada, ya que la experiencia no permite arribar a tal resultado. Por el contrario, los hechos sí pueden ser verificables por las reglas de la experiencia y la demostración. Una necropsia puede establecer experimentalmente el hecho de la muerte de una persona; en cambio, el juez no dispondrá de medio alguno para demostrar en forma directa el dolo o la culpa. Ante tales circunstancias, lo único que le es posible al juzgador o al intérprete, es estudiar todas las circunstancias que rodearon el acto del sujeto que realizó o que produjo el resultado material. En ese sentido, el juez irá valorando progresivamente las modalidades de conducta y, a partir de ellas, y ya debidamente probadas, emitirá un juicio axiológico que tendrá las consecuencias jurídicas de una culpabilidad establecida. Entonces nos hallaremos, desde el punto de vista epistemológico, frente a una presunción. Lo que se demuestra es la transformación exterior de la realidad causada por el sujeto; las condiciones de espacio, tiempo y demás modalidades del hecho, constituirán indicios por medio de los cuales el juez podrá deducir o presumir la culpa. En consecuencia, podemos decir que la culpa deberá presumirse y que lo único que es posible demostrar es el resultado material, así como las respectivas calificaciones y modalidades de la conducta productora del resultado". Con rigor no debería hablarse de presunción de culpa sino de inferencia de culpa a partir de hechos probados.

<sup>23</sup> Sentencia de agosto 20 de 1987, ordinario de Jorge Reyes Puyana contra Avioservicios Ltda. y Alfonso Corredor, publicada en Jurisprudencia al Día, Segundo Semestre 1987.

<sup>24</sup> Ordinario de Alfonso Mariño Flórez y otros contra Clínica de Marly S.A. Gaceta Judicial, Tomo XCI, pág. 758 y ss.

<sup>25</sup> Como también creó por vía jurisprudencial las teorías del daño especial y de la responsabilidad por riesgo excepcional. Por ser materia extraña ala examinada en este ensayo, me excuso de tratarlas aquí.

<sup>26</sup> Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 63 y ss.

Concluye que existen cuatro grupos de casos que determinan la presunción de culpa, a saber:

Culpa presunta a partir de la conducta o culpa probada, que para el tratadista es la que deduce el juez de las probanzas que el demandante presente acerca de la conducta del autor del daño, de acuerdo con el art. 2341.

Culpa presunta a partir del daño, que es el caso del art. 2355 de acuerdo con el cual se imputa a todas las personas que habitan la parte superior de un edificio por una cosa que cae o se arroja desde esa parte.<sup>27</sup>

Culpa presunta a partir del hecho, que es la que resulta de lo dispuesto por los arts. 2350 (responsabilidad del dueño de un edificio por los daños ocasionados por su ruina, debida a haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia),<sup>28</sup> 2354 (caso del daño causado por un animal fiero, del que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el cual le será imputable al que lo tenga),<sup>29</sup> y 2356 (caso de las actividades denominadas como peligrosas, porque el autor piensa que "la responsabilidad por actividades peligrosas es una típica obligación de medio en la que no le es dado al juez buscar indefinidamente dónde pueda encontrarse el hecho que permita inferir la culpa. La ley considera que el ejercer una actividad peligrosa es un hecho culposo, un hecho" suficiente para deducir de él la culpabilidad".<sup>30</sup>

Culpa presunta a partir de la conducta, que encuentra para el tratadista su fundamento en los arts. 2348 y 2349, el primero porque hace responsables a los padres de las culpas o delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir, y el segundo porque hace responsables a los amos del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos, salvo que se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente.<sup>31</sup>

Para mí, la equivocación de la jurisprudencia y de la doctrina está no en considerar que la culpa constituya uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad, puesto que

<sup>27</sup> Esta norma tiene su equivalente en el art. 1934 del C.C. para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, según el cual "Los jefes de familia que habitan una casa o parte de ella son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojan o cayeren de la misma."

<sup>28</sup> Concordante con el art. 1931 del C.C. del Código Civil Mexicano.

<sup>29</sup> En el Código Civil Mexicano no se contiene una disposición similar. En este Código los daños causados por un animal, sea fiero o no, son de cargo de su dueño "si no se probare alguna de estas circunstancias: I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario, II. Que el animal fue provocado; III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido; IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor."

<sup>30</sup> En el Código Civil Mexicano se contempla la responsabilidad por actividades peligrosas en su art. 1913, en donde se dispone que "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima." Se considera que esta disposición consagra una responsabilidad civil objetiva o del riesgo creado.

<sup>31</sup> En el Código Civil Mexicano estas especies de responsabilidad se reglamentan en los arts. 1919 a 1925.

sí lo es, sino en sostener que ella debe ser probada por quien alegue tener derecho a ser indemnizado, equivocación que se aumenta al tratar de facilitar esa prueba mediante la creación de figuras como la de las actividades peligrosas y, aún más, con la del riesgo creado.<sup>32</sup>

Afirmo que la creación de la figura de las actividades peligrosas, que ha servido para sostener que cuando ellas causan un daño la culpa se presume, es absolutamente artificial pues no tiene fundamento en ninguna disposición legal que la consagre y muchísimo menos puede deducirse, mediante una interpretación ni exegética ni científica, del art. 2356. Veámoslo. Dicho artículo, en su inciso primero, se limita a expresar que "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", con lo cual no hizo otra cosa que repetir lo dispuesto en el art. 2341 con el que se abre el Título XXXIV, del Libro Cuarto del Código, que dice: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido." El resto de la norma señala quiénes están especialmente obligados a esa reparación. Ni en términos expresos ni de manera velada puede decirse que lo que el legislador pretendió con la norma fue decir: "Quien en el desarrollo o ejecución de actividades peligrosas cause un daño será obligado a su reparación." Pero para llegar a emplearlo con ese sentido se ha dicho que a) No tiene explicación lógica pensar que el legislador no hizo sino repetir lo que ya había dicho en el art. 2341: y b) Los ejemplos que señala (disparo de una arma de fuego, corte y caída de un árbol, destape de cañería en vía pública) son todos relativos a actividades que envuelven peligro de daño.

A quien esto escribe no le parece incongruente pensar que el legislador repita en ocasiones, en dos o más normas un principio general que por su importancia lo amerite, para aplicarlo a casos de alguna manera individualizados. Y esto es lo que en mi concepto hizo el redactor del Código cuando a continuación de repetir la regla general de la responsabilidad por culpa o delito cometido señala quiénes están *especialmente* (este es exactamente el vocablo empleado) obligados a reparar el daño, señalando efectivamente a quienes ejecutan actos que envuelven peligro, pero no para crear una presunción de culpa sino, al contrario, para determinar esa responsabilidad cuando los actos se ejecutan sin diligencia y cuidado. En efecto, de acuerdo con la norma no basta con el solo disparo de un arma de fuego para fincar la obligación de reparar el daño causado por el disparo sino que es indispensable que el que disparó lo haya hecho imprudentemente (núm. 1º). Tampoco bastará que se haya causado un daño a quien haya caído al transitar por calle o camino porque el pretendido responsable haya removido o descubierto las losas de una acequia o cañería, sino que de acuerdo con la norma (núm. 2º.) es indispensable para fincarle la responsabilidad que quien las removió o descubrió lo haya hecho "sin las precauciones necesarias" para

---

<sup>32</sup> En virtud de la cual se alega que quien crea el riesgo debe cargar con la obligación de indemnizar los daños que ese riesgo ocasione. Ver notas 25 y 30 ut supra.

impedir que un transeúnte caiga. Y en cuanto al tercer ejemplo de esa especial obligación de reparar, hay que decir que tampoco bastará con que una persona esté obligada a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino para que se le finque la obligación de indemnizar a quienes transiten por allí y sufran un daño, sino que es necesario que tenga el camino "en estado de causar [ese] daño". Así pues, si nos atenemos a los términos de la norma no podremos decir que en otras actividades peligrosas, como por ejemplo la aviación o la conducción de vehículos, ni mucho menos en la fumigación de cultivos o en el ejercicio de la medicina, basta con esos hechos escuetos para que si se causa un daño, la sola ejecución de la actividad correspondiente de lugar a la obligación de repararlo. No; para ello será indispensable que la actividad se haya realizado con imprudencia o sin tomar las precauciones necesarias para no causar el daño o los instrumentos de la actividad no se hayan tenido en estado de causarlo. Y esto porque el art. 2356 exige la presencia de esas circunstancias.

Así pues, ingeniosa como fue la creación de la figura de las actividades peligrosas - para decir que en ellas se presume la culpa -, es artificiosa y totalmente contraria a la norma en la que se pretendió fundarla, sin que obste para ello que se hubiera hecho en aras de la equidad para con la víctima de un daño. Lo que ocurre es que no había necesidad de torcerle el cuello a la lógica, desconociendo de paso, los términos expresos empleados por el legislador, cuando basta (y bastaba) aceptar que al no ser posible conocer con independencia de los signos empíricos o externos, cuál fue la intención que movió al autor de un daño para actuar de una determinada manera, sólo de esos signos es posible deducir o inferir esa intención. No es pues, que en unos casos la culpa deba probarse y en otros se presuma sino que ella (la culpa) se determina por el actuar del autor del daño.

Entonces se tratará simplemente de una cuestión probatoria. En principio, el que reclama tener derecho a ser indemnizado por un daño deberá demostrar el hecho fuente de la obligación, el daño mismo y la relación de causalidad entre ellos; así resulta de lo dispuesto por el art. 1757 del C.C., según el cual "Incumbe probar las obligaciones al que alega aquéllas o ésta." La persona a quien se reclama la indemnización no podrá evitar la condena sino con la prueba de que si bien ejecutó el hecho dañino lo hizo con la debida diligencia y cuidado o que, a pesar de ello, no lo pudo evitar debido a fuerza mayor, caso fortuito o culpa (imprudencia o negligencia) de la víctima, aseveración que encuentra su fundamento en el art. 1604 inc. 3º, según el cual "La prueba de la diligencia y cuidado (es decir de la ausencia de culpa) incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega".<sup>33</sup>

#### 4º. En el campo del derecho administrativo, el Consejo de Estado (y antes la Corte

<sup>33</sup> En derecho mexicano estas normas encuentran su correspondencia en el art. 81 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de acuerdo con el cual "El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones". Que el acreedor de una obligación de resarcimiento de perjuicios no está obligado a probar la culpa, resulta de lo dispuesto en el art. 86 ibidem, cuando dispone que "Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho", pues la culpa no es un hecho sino un concepto, una actitud de la mente, de la cual pueden resultar hechos (el daño, por ejemplo), los que si serán objeto de prueba.

Suprema de Justicia, cuando tuvo la competencia para decidir sobre la responsabilidad del Estado), quiso separarse de las nociones civilistas y a semejanza de lo ocurrido en Francia, creó una jurisprudencia de responsabilidad con fundamento en la falla del servicio.<sup>34</sup>

El Consejo fundamentó la teoría, en términos generales, en la obligación genérica del Estado, consagrada en el art. 16 de la Constitución Política colombiana que rigió hasta el 4 de junio de 1991, según el cual "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." Se dijo entonces que para cumplir con ese deber el Estado dispone y organiza los "servicios públicos" y que si como consecuencia de su mal funcionamiento o de su no funcionamiento o de su tardío funcionamiento, se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados.

Cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo. El Consejo de Estado, en sentencia de 30 de junio de 1989, luego de estudiar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este instituto y de indicar cómo el criterio de la identificación de la obligación administrativa implica que su incumplimiento se califique como falta del servicio y que se ha considerado como obligación de esta clase la que corresponda a una función que el Estado deba cumplir de acuerdo con la ley o los reglamentos, expresó: "... la experiencia ha demostrado que el atenerse al solo criterio que podríamos llamar funcional deja por fuera muchos casos de evidente falla o falta del servicio, por la sola razón de no estar comprendido el servicio como parte de una función creada expresamente por la ley y encomendada a un determinado ente. Por esto, los doctri- nantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no sólo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir", y más adelante, acogiendo este criterio dijo que "si la Administración tiene como uno de sus fines primordiales proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes no se ve por qué no deba responder de los perjuicios que con su actividad llegue a causar, cuando en ejecución de una tarea que no le corresponde según la ley y el reglamento, pero que de hecho asume, en efecto los irroga" y en consecuencia declaró la responsabilidad de un establecimiento público que no tenía dentro de sus funciones transportar materiales de

---

<sup>34</sup> En el excelente ensayo del Dr. Juan Carlos Henao, que sobre esta materia se publica en la obra de la cual hace parte también el mío, su autor presenta una erudita y bien documentada exposición sobre el desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

construcción pero que para ayudar en la construcción de una escuela los transportó y en el desarrollo de la operación uno de los vehículos hirió a un menor.<sup>35</sup>

El Consejo de Estado colombiano, de manera constante ha dicho que los elementos axiológicos por falla del servicio son: a) Un servicio a cargo del Estado, que funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente; b) un perjuicio; y c) una relación de causalidad entre a y b.

La teoría de la falla del servicio se ha utilizado para afirmar que los casos de responsabilidad extracontractual del Estado deben decidirse no con fundamento en las normas civiles "sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados"<sup>36</sup> y se habla de responsabilidad objetiva en cuanto se pretende prescindir de la noción privatista de la culpa, por lo cual al actor en procesos de esta clase no está obligado a demostrar, para triunfar en sus pretensiones, la culpa de la administración, sino simplemente la existencia del hecho (falla del servicio), el daño o perjuicio sufrido y la relación de causalidad entre la falla y el daño.

Como en varias ocasiones la falta de la prueba sobre las circunstancias exactas de modo, tiempo y lugar en las que ocurrieron los hechos dieron lugar a que se rechazaran las pretensiones de la demanda, el mismo Consejo de Estado concibió, como antes lo había hecho la jurisprudencia en el campo civil con la teoría de la presunción de culpa, la teoría de la "falla presunta del servicio", indicándose, entonces, que "el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante".<sup>37</sup>

En todos estos casos, como ocurrió en el derecho privado, se trasluce el intento de morigerar la carga de la prueba en cabeza del actor, perjudicado por un daño. Pero no debe pensarse que no siga preocupando a los jueces el problema de la culpa y su prueba. Al contrario, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio, sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer por cuanto a que la falla es anónima. Así en una ocasión dijo: "Si bien el artículo 16 de la Constitución Política, primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que las autoridades de la República están constituidas

<sup>35</sup>Exp. N° 5225, Actor: Javier de Jesús Ángel Herrera.

<sup>36</sup>Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1960, actor Esther Wolff de Posada, Anales, Tomo LXIII, p. 728.

<sup>37</sup>Consejo de Estado, 31 de julio de 1989, Tomo 104 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 276. De esta sentencia fue Consejero ponente el Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo, con la colaboración de su Magistrado Auxiliar en ese entonces, el Dr. Juan Carlos Henao. Como antes se anotó, se ha ampliado también la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado con la creación jurisprudencial de las teorías de la responsabilidad por riesgo y del daño especial. Tiene ocurrencia la primera, como lo advierte el Dr. Henao, cuando el Estado en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional, el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Tiene aplicación la segunda cuando la autoridad cumple legalmente con ejecutar algún hecho pero se causa un perjuicio a un particular rompiendo el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

para proteger a las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes [...], de allí no puede concebirse que el Estado asume una obligación de resultado, de seguridad, pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todas las muertes violentas ocurridas en el país, por todas las calumnias y por todos los hurtos, robos y depredaciones”.<sup>38</sup> Y ha agregado que si bien la falla “habla por sí misma”, ella no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para de esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por conducta descuidada o negligencia de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condena del caso. Y en el caso de la falla presunta del servicio el Consejo de Estado ha hablado de que a la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho imputable a ella, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente, en forma tal que de lugar a comprometer su responsabilidad.

Lo anterior muestra cómo el problema de la culpa y su prueba no está ausente en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado.<sup>39</sup> Y no puede estarlo porque por una parte no se ve cuál fundamento moral pudiera existir para hacer responsable al Estado cuando éste haya procedido con diligencia y cuidado, tomando todas las precauciones posibles para evitar causar un daño, y por otra parte, no habría en el mundo ningún Estado con suficiente capacidad económica para correr con el inmenso costo que representaría la obligación de indemnizar todo daño que con su actividad pudiera ocasionar.

Lo que ocurre es que si bien la noción de culpa no está ausente en el campo de la responsabilidad del Estado, ello no quiere decir, como tampoco lo significa en el campo iusprivatista, que el perjudicado tenga que demostrar que el Estado actuó negligente o descuidadamente (es decir, culposamente). No, lo que significa es que para exonerarse de esa responsabilidad él es quien tiene que demostrar o el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de elemento extraño (la culpa de la víctima), de la misma manera que en aquel campo privatista es el demandado quien tiene que demostrar la ausencia de culpa.

### ***Una observación final.***

En la nueva Constitución Política Colombiana, que como se dijo comenzó a regir el 4 de junio de 1991, se estableció en su art. 90 inciso 1º. que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.E., junio 12 de 1984. Expediente N° 11014. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Recurso de súplica contra sentencia del 17 de febrero de 1983 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Anales, Primer semestre 184, págs. 887-894. Ver también nota 45 infra.

<sup>39</sup> Excepto en los casos expresos en los que el legislador ha establecido una responsabilidad directa, sin que entre en consideración si la administración, es decir el Estado, ha sido o no cuidadoso o prudente, casos que en Colombia se contraen a los perjuicios que cause en la ejecución de trabajos públicos o de la expropiación de propiedades privadas.

Se ha preguntado si esta disposición implica un cambio radical en la naturaleza de la responsabilidad del Estado, volviéndola una responsabilidad objetiva, entendiéndose por ésta la obligación de responder por todo daño que el Estado ocasione con motivo de su actividad, cualquiera que ella sea y sin consideración a que aquél haya o no actuado con diligencia y prudencia, es decir sin culpa.

En mi opinión la respuesta debe ser negativa y con esto estoy de acuerdo con las decisiones que al respecto ha pronunciado el Consejo de Estado ya en vigencia de la nueva Constitución. En el ensayo del Dr. Juan Carlos Henao, que hace parte de la obra que recoge las ponencias presentadas en el Seminario organizado por el INAP y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y en la cual también aparecerá el presente escrito, el Dr. Henao estudia con amplitud este punto y por ello me bastará con decir lo siguiente:

El daño antijurídico no es otra cosa que el perjuicio contrario a la ley. Es decir, es el detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido, o, en otras palabras, es el hecho ilícito que se estudió bajo el apartado o numeral 2º. precedente.

Tal vez lo importante de la disposición radica en consagrar de manera expresa la responsabilidad del Estado, que, recuérdese, se fundó primero en las normas generales de responsabilidad del derecho civil y posteriormente se construyó jurisprudencialmente con fundamento en la disposición constitucional según la cual "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." Pero esa consagración expresa en nada cambia, en mi concepto, el fundamento filosófico de la responsabilidad estatal ni los aspectos probatorios de los casos que por daño ocasionados por la actividad de Estado lleguen a la jurisdicción.

5º. Atrás se mostró cómo una preocupación fundamental de la doctrina y la jurisprudencia ha sido la concerniente a la prueba que debe aportar el demandante víctima de un daño inferido por la administración o por un particular y cómo, partiendo de la premisa falsa de que estaba obligado a demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad y en especial el elemento culpa, la doctrina y la jurisprudencia se preocuparon por morigerar la carga probatoria de éste y crearon las doctrinas de la presunción de culpa en el ejercicio de actividades peligrosas y en el campo administrativa la de la falla presunta.

En ese camino, en el campo de la responsabilidad contractual, también se dijo atrás, los doctrinantes colombianos y la jurisprudencia, siguiendo orientaciones de juristas y tribunales franceses, distinguieron entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, para decir que cuando se incumplía una obligación de medio y con ello se ocasionaba un daño, la víctima estaba obligada a demostrar que el deudor de la obligación no había sido ni cuidadoso ni diligente.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Ver sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, pronunciada dentro del juicio ordinario de Georges Maguin vs. Rafael y Enrique Iregui, Gaceta Judicial, Tomo XLVI, pág. 588 y ss.

Dentro de esas obligaciones de medio siempre se clasificaron los servicios médicos, pues se dijo, el médico no está obligado a un resultado concreto sino a practicar los reconocimientos de rigor, a recetar los medicamentos adecuados, a ordenar los exámenes que la técnica recomiende, de la misma manera que el abogado encargado de llevar un juicio por cuenta de un tercero no está obligado a obtener una sentencia favorable sino solamente a aplicar en defensa de los intereses de su cliente los conocimientos adecuados y a desarrollar la actividad necesaria y oportuna para obtener un pronunciamiento del juez.

Pero también en relación con las actividades médicas, tanto la doctrina como la jurisprudencia pretendieron aligerar la carga probatoria del perjudicado y para tal efecto llevaron a ese campo la teoría de la presunción de culpa por actividades peligrosas, clasificando la obligación del médico no sólo como de medio sino además como peligrosa.

Así, en un interesante fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de octubre 14 de 1959, al tiempo que se explicó que "existen hechos que al mismo tiempo que constituyen una infracción de una convención pueden originar la responsabilidad extracontrato, entre las mismas partes", afirmó que las actividades médicas se encuadran dentro de las llamadas actividades peligrosas y que la prueba de la diligencia y cuidado, por consiguiente, incumbe al médico.<sup>41</sup>

En el campo del derecho administrativo el Consejo de Estado no ha dicho que la actividad médica sea una actividad peligrosa, pero sí ha afirmado que se encuadra dentro de la falla presunta, en cuyo caso al autor le incumbe probar solamente que se le prestó el servicio médico en determinada fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.<sup>42</sup>

Para algunos autores colombianos la responsabilidad de quien causa un daño estando sujeto a una obligación de medio y la de quien lo causa en ejercicio de una actividad peligrosa, tiene una importante consecuencia probatoria, pues mientras en el primer caso el obligado se exime de responsabilidad probando que fue diligente y cuidadoso, en el segundo sólo se exime demostrando la intervención de causa extraña, a saber: la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

No; en los dos eventos (responsabilidad por incumplimiento de una obligación de

<sup>41</sup> Juicio ordinario de Alfonso Marfío Flórez y otros vs. Clínica de Marly S.A., G. J. Tomo XCI, pág. 758 y ss.

<sup>42</sup> Sentencia de agosto 24 de 1990, Informativo Jurídico Fasecolida, No. 21, pág. 53 y ss. Más tarde, en fallo del 24 de agosto de 1992 (Informativo Jurídico Fasecolida No. 91, pág. 54) el Consejo de Estado va más allá, pues no sólo postula la presunción de falla sino que afirma que si la causa del daño del paciente es desconocida, la entidad demandada debe ser declarada responsable. Sin embargo, en una sentencia del 18 de abril de 1994, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se aparta de la tesis de la falla presunta en esta clase de actividades y acepta en cambio la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para decir

medio y responsabilidad por daño causado en el ejercicio de una actividad peligrosa) el deudor no se exonera sino con la prueba de eventos de fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

Recuérdese a este propósito que de acuerdo con el inc. 3º. del art. 1604 del C.C. " La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega," y que esta disposición, como en varias oportunidades lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, se aplica tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en la extracontractual y si ello es así, los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima) serán de cargo del deudor (que será aquel a quien se imputa la responsabilidad).<sup>43</sup>

No debe pensarse que en algunos casos de responsabilidad contractual o extracontractual ya trátase de obligaciones de medio o de obligaciones de resultado -, basta la prueba, por parte de la persona a quien se impute una responsabilidad, de haber sido diligente y cuidadoso y en otras que además deba demostrar que su conducta obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor o a culpa exclusiva de la víctima, para obtener su exoneración. No; lo que sucede es que si de acuerdo con la naturaleza de la obligación transgredida con el hecho dañino, el deudor sólo debía ser diligente y cuidadoso, la prueba de que lo fue implicará de suyo, obviamente, que no hubo un caso fortuito o una fuerza mayor que le hubiera impedido serlo. En cambio, si el deudor también de acuerdo con la naturaleza de la obligación -, debía entregar algo y no lo entregó o debía alcanzar un fin determinado y no lo alcanzó, es evidente, entonces, que lo único que podrá exonerarlo en tal caso será la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor,<sup>44</sup> pues tratándose de una obligación de esa clase no le bastaba con ser diligente y cuidadoso.

En el campo del derecho administrativo ocurre lo mismo pues si bien aquí, recuérdese, la noción de culpa se sustituye por el concepto de falla del servicio, presunta o no, esto no quiere significar que la administración sea siempre responsable al fallar en el servicio. Así lo ha expresado el Consejo de Estado cuando, por ejemplo, en fallo de noviembre 28 de 1982, luego de explicar que el particular perjudicado tiene la carga de la prueba de la falla, del daño y de la relación de causalidad, agregó "a la parte demandada la administración, le corresponde la prueba de que el daño se produjo por culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito que acrediten la no existencia del vínculo de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado, o que el daño fue causado por el agente administrativo en actos fuera del servicio o sin conexión con él, o que la causa del daño fue la falta personal del agente, para que pueda exonerarse de responsabilidad a la administración y absolverla de los cargos formulados en su contra."

<sup>43</sup> Así ha dicho la Corte: "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearla, ya se trate de culpa contractual, ya de culpa aquiliana o extracontractual. El art. 1604, inc. 3 del C.C. que tal regla establece, pertenece al título 12 del Libro 4 de este Código, que trata 'Del efecto de las obligaciones', e incluye en estas las que provienen de un hecho que ha causado injuria o daño a un tercero, de conformidad con el art. 1494, que determina las fuentes de las obligaciones." Sentencias de 26 de junio de 1924, Gaceta Judicial Tomo XXXI, pág. 23 y ss.; de 19 de noviembre de 1927, Gaceta Judicial, Tomo XXXV, pág. 96 y ss.; de febrero 2 de 1932, Gaceta Judicial, Tomo XXXIX, pág. 459.

<sup>44</sup> La culpa exclusiva de la víctima será para él un caso fortuito.

Con base en las consideraciones expuestas, en un caso de responsabilidad por daños sufridos con ocasión de la prestación de servicios médicos, es al médico o a la administración (si ésta es la demandada y quien prestó el servicio) a quien corresponde probar la diligencia y cuidado, es decir que empleó todos los medios que la técnica y la ciencia médicas indicaban, no obstante lo cual se produjo el daño. Sin esta prueba a su cargo debe sufrir la condena al pago de los perjuicios irrogados, como ocurrió en el caso referido al comienzo.