



## Responsabilidad extracontractual del Estado por incumplimiento contractual

*Por Gustavo Quintero Navas*

Doctor en Derecho Público, Universidad de Nantes, Francia. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Colombia.  
[gquinter@uniandes.edu.co](mailto:gquinter@uniandes.edu.co)



### Ubicación y planteamiento del problema

Muy conocida en el ámbito del derecho de daños es la clásica distinción de la responsabilidad según su fuente. Se trata de la dicotomía que en el derecho civil separa la responsabilidad contractual, es decir, aquella generada a partir del daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento total o parcial, o el cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación asumida por el deudor, de la responsabilidad extracontractual que se deriva del deber genérico de reparar los daños que se ocasionan a otro.

En materia de responsabilidad del Estado, la anotada dicotomía no posee las diferencias que históricamente profundizaron sus fronteras en el derecho civil. Al respecto, manifiesta Rodrigo Escobar Gil como en la disciplina del Derecho Administrativo:

*"... no se presenta una regulación esencialmente diferente de estas figuras jurídicas, puesto que ambas se informan a partir de un fundamento común que permite construir un sistema unitario por la referencia a principios jurídicos unitarios. En nuestro ordenamiento jurídico se puede afirmar la existencia de un supraconcepto de responsabilidad civil, como categoría jurídica unitaria, que informa las distintas modalidades de reparación de los daños antijurídicos, en especial, de los que se puedan imputar a la acción u omisión del Estado, que se estructuran en unos principios jurídicos idénticos*

y tienen un fundamento común y una misma función de garantía del patrimonio de los administrados."<sup>1</sup>

El principio jurídico unitario al que alude el autor citado, se expresa textualmente en la Constitución Política de 1991, que en el primer inciso de su artículo 90, indica que el Estado responderá "patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas." Más allá de las polémicas formadas en torno al concepto de "daño antijurídico"<sup>2</sup>, lo cierto es que esta categoría jurídica suscita a todas las clases de responsabilidad estatal, incluyendo a la contractual y a la extracontractual<sup>3</sup>, en obediencia a la realidad social que hoy impera. Así lo anota Enrique Gil Botero:

*"La directriz del sistema de responsabilidad patrimonial lo constituye en la actualidad el daño, así lo predicen la jurisprudencia, la doctrina y lo impone la ley (Art. 90 C.N.), en nuestro medio. Más aún, la doctrina ante el presente panorama demanda de la jurisprudencia y de la ley esfuerzos que propendan a la unificación de la responsabilidad patrimonial, lo cual implicaría una concepción unitaria del fenómeno resarcitorio, toda vez que las diferencias o el empleo de dualismos no descansan sobre una base ontológica, sino de reglamentación, ante el presupuesto lógico de que a un mismo daño debe corresponder una misma indemnización independientemente del hecho desencadenante, sea éste una violación del deber jurídico de no dañar derivado de un acto o hecho lícito o ilícito; o bien, de un quebrantamiento obligacional, provenga de la ley o del contrato; trátese de asuntos de derecho público o privado."<sup>4</sup>*

1. ESCOBAR GIL. Rodrigo. "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública". 1ª ed. Legis. Bogotá, 1999, p. 505.

2. Por ejemplo, entre nosotros, Javier Tamayo Jaramillo indicó que la inclusión del concepto "daño antijurídico" no significó la inclusión de una institución novedosa en la Responsabilidad del Estado: "En abstracto, el concepto de daño antijurídico nada significa, pues al no ser definido por el art. 90 de la Constitución, la discusión se queda en el punto de partida". Para este autor, aunque la expresión sea distinta, "...daño antijurídico siempre se ha entendido como daño indemnizable". (TAMAYO JARAMILLO, Javier. "La Responsabilidad del Estado". 1ª ed. Reimpresión. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2012, p.72-73)

3. En la jurisprudencia colombiana, el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera) manifestó que: "La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar." (Sentencia de 8 de mayo de 1995. M.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 8118). Postura que fue recogida por la Corte Constitucional en la sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) donde indicó que "... el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual."

4. GIL BOTERO, Enrique. "Responsabilidad Extracontractual del Estado". 4ª. Ed. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2010, p. 64.

Sin embargo, aunque su fundamento sea el mismo, ello no significa que las responsabilidades contractual y extracontractual sean idénticas. Aunque englobadas bajo el mismo concepto unitario, se diferencian en su régimen jurídico y normativo, diferencia que no resulta en lo absoluto, desconocida por el régimen constitucional vigente<sup>5</sup>.

En efecto, la responsabilidad contractual del Estado, además de su fuente constitucional (Art. 2º6 y 90 C.P.), en el ámbito legal reposa en los artículos 26<sup>7</sup>, 50<sup>8</sup> entre otros,

5. "... la pretensión constitucional se limita a subsumir bajo el concepto de daño antijurídico los distintos tipos de responsabilidad -extracontractual, precontractual y contractual-, dejando a salvo la manera como cada una se estructura, se configura y se materializa dentro del campo del derecho público." (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

6. Constitución Política de Colombia "ARTICULO 20. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." 7. Ley 80 de 1993 - Artículo 26º: "Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

- 1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
- 2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.
- 3. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o "concursos" sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, "términos de referencia", diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o "términos de referencia" hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.
- 4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.
- 5. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.
- 6. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.
- 7. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.
- 8. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

8. Ley 80 de 1993 - Artículo 50º "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la

de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Contratación Administrativa). En este sentido, se tiene en cuenta que, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, la contractual cuenta con "*criterios normativos de imputación, propios y específicos, como son los principios de reciprocidad de prestaciones y de la buena fe, consubstanciales a la concepción del contrato administrativo, que se inspira en el ideal de justicia conmutativa y en el valor ético de la mutua confianza*"<sup>9</sup>. Además, de aceptarse una unificación total se le restaría utilidad práctica al contrato como generador de obligaciones que la ley no contempla,<sup>10</sup> y de paso se suprimiría la autonomía de las partes contratantes<sup>11</sup>.

Mientras tanto, la Responsabilidad Extracontractual, a partir de la base constitucional ya referenciada, ha sido delineada en sus diversos elementos y regímenes por la jurisprudencia, y en determinadas materias por el legislador<sup>12</sup>.

En este escenario, nos proponemos exponer una problemática externa a la Responsabilidad Contractual del Estado, en la medida en que, por lo general, esta clase de deberes resarcitorios se predicen exclusivamente de las partes que suscribieron el contrato, sin que de antemano pueda anticiparse que el incumplimiento o el cumplimiento deficiente o extemporáneo sea imputable a una entidad pública distinta a la contratante. O, que el daño ocasionado por uno de los extremos contractuales, en ejecución de sus obligaciones, genere daños a terceros ajenos al negocio jurídico celebrado.

Es innegable que estas circunstancias no se encuentran cobijadas por el régimen de responsabilidad contractual, en aplicación del principio de relatividad de los contratos<sup>13</sup>, ra-

zón por la que fuerza concluir, siguiendo la doctrina civilista, que tanto la responsabilidad del tercero que provoca el incumplimiento del deudor, como la naturaleza de la acción que el tercero puede emprender contra el deudor que le ha causado un daño, son necesariamente extracontractuales<sup>14</sup>.

Bajo este entendido, dividiremos el presente texto en dos acápite:

1) Cuando la Administración (ajena al contrato) es responsable extracontractualmente por el incumplimiento de uno de los cocontratantes y;

2) Cuando el Estado es responsable extracontractualmente por los daños que ocasione el contratista, en ejecución de un contrato estatal.

### Primer supuesto: El "hecho del príncipe" en sentido lato

El contratista, como colaborador del Estado que es, tiene el legítimo y razonable derecho a esperar que el contrato celebrado con la administración le reporte un beneficio, no sólo a partir del cumplimiento de sus obligaciones sino en virtud de las inversiones y gastos que éste realiza en aras de satisfacer la prestación correspondiente<sup>15</sup>. Sobre la base de la conmutatividad de los contratos estatales, de la justicia contractual<sup>16</sup>, pero además con fundamento en los principios de reciprocidad de prestaciones, de solidaridad y de buena fe,<sup>17</sup> se edifica el principio de equilibrio económico que rige los contratos de la administración pública.

De suerte que a partir de tales premisas surge el deber de restablecer las condiciones económicas del contrato cuando quiera que éste resulte afectado, deber que radica no solamente en cabeza del Estado cuando el afectado sea su contratista, sino que se extiende a ambas partes del

*prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista*".

9. ESCOBAR GIL, ob. cit. p. 507.

10. VINEY, Geneviève. (MONTROYA MATEUS, Fernando, trad.) "Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad." Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2007, p. 499.

11. TAMAYO JARAMILLO, Javier. "Tratado de Responsabilidad Civil" Tomo I. 2ª ed. Legis. Bogotá D.C. 2007, p. 181.

12. Sobre los regímenes especiales de responsabilidad, hemos sostenido que mientras la jurisprudencia ha sido prolífica, el legislador la ha regulado en unos pocos aspectos y de manera deficiente: "... progresivamente el derecho colombiano ha venido consagrando regímenes especiales, ya sea legales, ya sea jurisprudenciales. Tratándose de los primeros, debemos decir desde ahora que la intervención del legislador ha sido tímida e incompleta. Tímida porque trata pocos temas: terrorismo, privación injusta de libertad, almacenamiento, y en caso de decisiones de órganos internacionales recomendando la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Incompleta porque esos regímenes especiales no cubren, en ningún caso, la totalidad de los perjuicios causados" (QUINTERO NAVAS, Gustavo. "Regímenes Especiales de Responsabilidad". En: DAMNSKY, Isaac Augusto, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Coordinadores). "Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México". Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 2007, p. 455)

13. Principio definido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia

- Sala de Casación Civil, mediante sentencia de 25 de enero de 2010 en los siguientes términos: "... los contratos válidamente celebrados generan para las partes que concurren a su perfeccionamiento vínculos indisolubles y, sólo ellas, salvo las excepciones de ley, por las circunstancias que consideren pertinentes y sean admisibles jurídicamente, pueden ponerles fin (art. 1602 C. C.); de ahí que está excluido de toda discusión que los efectos directos de los contratos deben ser pregonados con respecto a las partes; la generación de derechos y obligaciones debe sopesarse, primeramente, frente a quienes los crearon o fueron sus gestores; por tanto, en línea de principio, no es admisible extender sus repercusiones a personas ajenas a su formación y perfeccionamiento (*nec prodest nec nocet*)."

14. TAMAYO JARAMILLO. Ob.cit. p. 122-123.

15. MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de derecho administrativo". Tomo III. Vol. I, Contratos de la Administración Pública. Teorías general y de los contratos en particular. Núm. 761.

16. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Libardo. "El equilibrio económico en los contratos administrativos". 1ª ed. Temis. Bogotá, 2009, p. 25.

17. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-892/01, cit.

contrato, 18 de acuerdo con los artículos 5.119 y 2.720 de la Ley 80 de 1993. Ahora bien, no toda alteración implica la aplicación automática del principio, razón para que tanto doctrina como jurisprudencia hayan establecido condiciones generales para su procedencia<sup>21</sup>:

a ■ La alteración no puede ser imputable a la parte que reclama el desequilibrio, como claro reflejo del principio según el cual a nadie le es dado pedir amparo sobre su propio descuido o culpa;

b. ■ El factor causante de la ruptura debe producirse con

18. Así lo ha entendido el Consejo de Estado colombiano al manifestar: "... cabe puntualizar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que en modo alguno podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista. Pero posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución., a la entidad estatal contratante y no solo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato " c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes"; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 90, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato." (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 15475)

19. Ley 80 de 1993 - Artículo 50.: "De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

20. Ley 80 de 1993 - Artículo 27. "De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate."

21. RODRÍGUEZ, Ob. cit. p. 26-33.

posterioridad a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato;

c. ■ Las circunstancias deben corresponder a un álea anormal, es decir, a aquellas que no hagan parte de los riesgos comunes y ordinarios que se calcularon al momento de celebrar el contrato;

d. ■ Que la mencionada circunstancia haya afectado, de forma extraordinaria, la situación económica del contrato.

En este punto, resulta interesante apuntar que si bien es cierto que la responsabilidad derivada del quebranto del equilibrio financiero es contractual, ella adopta conceptos propios de la responsabilidad extracontractual del Estado, particularmente, el principio de la igualdad ante las cargas públicas. Así lo señala José Luis Benavides:

"...aunque se trata de una responsabilidad contractual, puesto que se deriva necesariamente del contrato en la medida en que la entidad estatal responde por los perjuicios soportados con ocasión de su ejecución, es preciso buscar su inspiración en la responsabilidad extracontractual, más precisamente en el principio de igualdad ante las cargas públicas. La administración es solidaria con su contratista porque crea un riesgo de gestión, entendido como un cúmulo de exigencias del servicio, que se traduce en un imperativo, no sólo para ella sino también para el contratista. Por consiguiente, éste debe ser indemnizado. El contratista se sacrifica ante el cumplimiento de una carga de interés general, lo que conlleva la reparación del perjuicio que sufre, so pena de romper el equilibrio ante las cargas públicas"<sup>22</sup>

Los eventos particulares en los que se presenta la ruptura del equilibrio económico del contrato han sido comprendidos desde el derecho francés a partir de la responsabilidad sin culpa, básicamente, en tres teorías, que corresponden, a su vez, a tres tipos de áleas que alteran tal equilibrio. Así, los áleas físicos engendran las denominadas "situaciones materiales imprevistas"; los áleas administrativas, generados en la acción unilateral de la Administración da lugar al "hecho del príncipe" y; "la teoría de la imprevisión" ampara los áleas económicos que sacrifican las finanzas del contrato, haciendo más gravosa su ejecución para una de las partes del contrato<sup>23</sup>.

22. BENAVIDES, José Luis. "El contrato estatal"<sup>2º</sup> ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004, p. 138.

23. Un amplio sector de la doctrina colombiana, y varios pronunciamientos del Consejo de Estado colombiano (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004. Exp. 14043. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar), incluye la "potestas variandi", es decir, la facultad de la Administración de modificar, terminar o interpretar unilateralmente el contrato estatal, dentro de las situaciones que componen el álea administrativo. Entre ellos, Luis Guillermo Dávila Vinuesa, quien precisa que este escenario no se trata de aquellos eventos en los que la Administración hace un uso irregular de sus potestades excepcionales, sino que hace "alusión a los casos en que el ejercicio de las potestades se ajusta a la ley pero impone cambios que rompen la ecuación contractual" (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. "Régimen jurídico de la Contratación Estatal". 2º

Una acepción genérica del hecho del príncipe se refiere al evento en el cual "*medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole más oneroso para el contratista sin culpa de éste*".<sup>24</sup>

A partir del concepto anotado se advierte la dificultad de construir una noción. En efecto, como advierte José Luis Benavides, esta noción general es confusa, e impide identificar con claridad el acto que origina el hecho del príncipe:

*"En derecho administrativo la expresión ha sido criticada por evocar el autoritarismo, cuando en realidad todas sus manifestaciones tienen por característica esencial el que se trata de medidas lícitas adoptadas por las autoridades públicas competentes. La expresión genérica incluye entonces todo acto, administrativo o legislativo, que afecta la ejecución de un contrato administrativo. Sin embargo, las distintas medidas de las autoridades no pueden ser tratadas de la misma manera y por ello el hecho del príncipe tiene varias acepciones."*<sup>25</sup>

El mismo autor refiere que en la doctrina francesa se adoptó la siguiente distinción<sup>26</sup>:

Hecho del príncipe "*lato sensu*": *Alude a toda medida emanada de cualquier autoridad administrativa que "afecta de cualquier manera la ejecución del contrato"*.

Hecho del príncipe "*stricto sensu*": *Que se restringe a los actos de la administración contratante que afectan la ejecución del respectivo contrato. En esta clasificación deben distinguirse los actos de la administración como parte en el contrato (derivados de la "potestas variandi") de aquellos que aunque tengan efectos sobre el contrato, no tienen el objeto de modificarlo.*

Para el primer supuesto, señala el profesor Benavides, la jurisprudencia francesa no ha aplicado la teoría del hecho del príncipe por entender que habría ausencia de imputación a la entidad contratante, uno de los presupuestos

para que proceda la mencionada teoría. Por esta razón, el Consejo de Estado francés ha optado por aplicar la teoría de la imprevisión e incluso, se ha interpretado como responsabilidad extracontractual por el hecho de las leyes o de los actos administrativos lícitos<sup>27</sup>.

En el derecho colombiano, doctrina y jurisprudencia no han sido uniformes, de tal suerte que se pueden encontrar fallos y criterios en uno o en otro sentido. En defensa de la concepción lata del hecho del príncipe, el Consejo de Estado colombiano señaló en el año 1992:

*"Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada. La medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento."*<sup>28</sup>

En otra ocasión, el Alto Tribunal manifestó:

*"Dicho equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato por razones tales como actos o hechos de la administración contratante, en cuyo grupo puede ubicarse el uso de los poderes exorbitantes de la administración -modificación, interpretación y terminación unilateral- y el incumplimiento de ésta.*

*También lo puede ser por actos de la administración como Estado y es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como "el hecho del príncipe", según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse."*<sup>29</sup>

Y en ese sentido, la misma Corporación indicó:

*"La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Príncipe", entendido como expresión de*

ed. Legis, Bogotá. 2003, p. 499.) En el mismo sentido, Libardo Rodríguez anota que en el caso de que el acto administrativo que ejerza el poder exorbitante sea ilegal "no nos encontraríamos en estricto sentido frente a un caso de ruptura del equilibrio económico del contrato por aplicación de la potestas variandi, sino ante un caso de responsabilidad administrativa por la ilegalidad del acto administrativo o, incluso, por incumplimiento, cuyos presupuestos y consecuencias, serían diferentes" (RODRÍGUEZ, Ob. cit. p. 47). Así mismo lo concibe Rodrigo Escobar Gil (ob. cit. p. 483).

No obstante, afirma José Luis Benavides, que esta inclusión parte de una interpretación muy favorable al contratista, que lleva a que la administración deba "soportar de manera integral las consecuencias de toda situación imprevista, no imputable al contratista, que modifique el equilibrio contractual" con lo que se distorsiona la concepción francesa fundamentada en la responsabilidad sin culpa (BENAVIDES. Ob. cit. 460-461)

24.GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Ed. Temis - Palestra. Bogotá-Lima. 2008, p. 726.

25.BENAVIDES. Ob. cit. p. 434-435.

26. Ibid.

27.Ibid.

28.Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de marzo de 1992. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 6353.

29.Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de febrero de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11194

la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado."<sup>30</sup>

En la doctrina de nuestro país, también existen posturas en este sentido como la que expresa Juan Ángel Palacio:

*"Aunque el Hecho del Príncipe se originó en los hechos o actos de la Entidad cocontratante en ejercicio de sus potestades como autoridad pública y no como parte, es obvio que la actuación de cualquier nivel de la administración que afecte la ejecución del contrato con la gravedad que amerita su indemnización, también queda comprendida dentro del régimen aludido, pues es obvio que una ley expedida por el Congreso, que establece unos impuestos que gravan al contrato celebrado por el municipio de Medellín, afectan el equilibrio financiero del contrato, con una decisión que no es de la Entidad contratante, ni podía preverla el contratista y es ajena a su voluntad"*<sup>31</sup>

Mientras tanto, la jurisprudencia de la Alta Corporación colombiana de lo Contencioso Administrativo también ha sostenido el hecho del príncipe en sentido estricto. También, otro sector de la doctrina nacional. Veamos:

En 2003, la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano puntualizó:

*"En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el hecho del príncipe (le fait du prince) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa."*<sup>32</sup>

En ese sentido, manifiesta Rodrigo Escobar Gil:

*"Para que opere la teoría del factum principis la medida general y abstracta que altera la equivalencia económica del contrato, debe emanar de un órgano o dependencia del Estado de la misma persona jurídica de Derecho Público que participó en la celebración del contrato y no de otra persona jurídica de Derecho Público"*<sup>34</sup>

30. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 7 de marzo de 2002. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11194

31. PALACIO HINCAPIÉ. Juan Ángel. "La contratación de las entidades estatales" 6ª ed. Librería Jurídica Sánchez. Medellín. 2010, p. 539.

32. "Puede decirse que el principio del equilibrio del contrato administrativo juega con respecto a la responsabilidad contractual sin falta, un papel análogo al que juega el principio de igualdad frente a las cargas públicas con respecto a la responsabilidad extracontractual sin falta". André de LAUBADERE, Ob. Cit. Tomo 2 número 1325, p. 554 (Cita de la jurisprudencia)

33. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14577.

34. ESCOBAR GIL. Ob.cit. p. 494.

Comparte su posición el autor Libardo Rodríguez, coincidiendo con la jurisprudencia francesa, al decir que en Colombia "el criterio constitucional para la aplicación de la responsabilidad del Estado es el de la imputabilidad del daño a la persona pública que tiene el deber de responder." *Yañade que este entendimiento del hecho del príncipe es, en su criterio, acertado toda vez que "permite diferenciar el álea administrativo –propio del hecho del príncipe– y el álea económico – propio de la teoría de la imprevisión–, en la medida en que mientras el segundo se refiere a todos los hechos externos que afecten las condiciones, también externas, de ejecución del respectivo contrato, el primero se circunscribe a actuaciones de la entidad pública contratante que afecten también las condiciones de ejecución de las prestaciones contractuales (...) en su condición de administración pública mediante la adopción de medidas que también afecten las condiciones externas del contrato –caso del hecho del príncipe–. En consecuencia, no debe haber duda de que la imputación de la intervención administrativa perturbadora debe estar referida a la entidad pública contratante."*<sup>35</sup>

Así las cosas, frente a los casos en los que un acto emanado de una persona jurídica de Derecho Público distinta a la contratante, ¿Qué opción de resarcimiento ofrece el ordenamiento jurídico colombiano?

En sentencia del 29 de mayo de 2003, el Alto Tribunal adoptó la alternativa planteada por la jurisprudencia y la doctrina francesa. En efecto, en estos eventos, dijo la Corporación que "no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión."<sup>36</sup>

Dicha posición ha sido reiterada recientemente, cuando en 2012 el Consejo de Estado colombiano, luego de hacer acopio de la jurisprudencia en el tema del hecho del príncipe, asumió mayoritariamente la siguiente postura:

*"6.3. Así las cosas, nótese que la jurisprudencia que aceptaba la configuración del hecho del príncipe para la fijación de tributos, en los últimos años ha variado para circunscribir su aplicación sólo para cuando el acto general es expedido por la misma autoridad contratante, toda vez que si es diferente a ella el desequilibrio del contrato que se alegue con ocasión al mismo debe ser analizado bajo la perspectiva de la teoría de la imprevisión, lo cual tiene hondas implicaciones jurídicas y económicas, pues, según se anotó, mientras el hecho del príncipe emana de un acto general (decisión soberana) que altera gravemente la ecuación económica del contrato y genera una responsabilidad contractual objetiva, con indemnización integral de los daños, la teoría de la imprevisión pende de un hecho exógeno a las partes que altera gravemente la ecuación económica del contrato, el cual debe restituirse con el pago de los costos hasta el punto de no pérdida (compensación)."*<sup>37</sup>

35. RODRÍGUEZ. Ob.cit. p.79.

36. Consejo de Estado. Sentencia del 29 de mayo de 2003, cit.

37. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de febrero de 2012. C.P. Ruth Stella Correa

Ello probablemente funcione para otras hipótesis, pero para la que exponemos en este artículo, esto es, el acto unilateral de la administración no contratante que genera el incumplimiento contractual del contratista no imputable a él, no encajaría con precisión la mencionada teoría de la imprevisión. Ello por dos razones:

La teoría de la imprevisión tiene como elemento concurrente el hacer más gravoso el cumplimiento del contrato, razón por la cual debe estar en condiciones de continuar con el objeto contractual. Al hablar de incumplimiento, podría plantearse la imposibilidad total o parcial de ejecutar el contrato, que justamente es el elemento que distingue a la imprevisión (como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato), de la fuerza mayor (como causal eximente de responsabilidad).<sup>38</sup>

La teoría de la imprevisión también comporta la temporalidad como elemento configurador. El acontecimiento perturbador -dice el profesor Rodríguez- "no puede ser permanente sino simplemente transitorio, o por lo menos, tener unos efectos temporales, de tal manera que no impida definitivamente el cumplimiento del contrato"<sup>39</sup>. De lo contrario, estaremos hablando de un evento de fuerza mayor.

En consecuencia, para nuestra hipótesis, se acomodaría mejor la tesis de la Responsabilidad Extracontractual, que de acuerdo con lo que hemos referido respecto de la doctrina francesa, tendría un tratamiento similar a la Responsabilidad Extracontractual del Estado por el hecho de las leyes o por el acto administrativo legal.

En conclusión, uno de los eventos de Responsabilidad Extracontractual del Estado por incumplimiento contractual se presenta cuando cualquier entidad de Derecho Público emite un acto general y abstracto que provoca el incumplimiento del contrato por parte del contratista. En este evento, la imputabilidad recaería sobre la entidad creadora del acto sobre la base de un régimen de responsabilidad sin culpa, de forma similar a como se maneja en la jurisprudencia colombiana la Responsabilidad del Estado Legislador<sup>40</sup> y por el Acto Administrativo lícito<sup>41</sup>.

## Segundo supuesto: Responsabilidad del Estado por los hechos del contratista

Al contrario de la hipótesis anterior, en éste acápite encontramos un desarrollo jurisprudencial amplio y, en

algunos temas, variable. Exponemos a continuación los elementos de este tipo de responsabilidad a partir de los siguientes puntos:

■ **Responsabilidad Directa:** El Estado responde directamente por los daños cometidos por los contratistas en ejecución del contrato de obra. El hecho de que la Administración celebre con particulares la construcción de una obra no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado<sup>42</sup>

Así lo tiene dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, cuando en 1985 falló la demanda de una señora que sufrió lesiones permanentes ocasionadas por la empresa contratista Concibales al explotar en su rostro un paquete de dinamita, utilizadas en la obra que se estaba ejecutando en un sector aledaño al lugar de residencia de la demandante, causándole daños permanentes en su visión:

*"No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.*

*Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.*

*En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contra-*

Palacio. Exp. 20344.

38. BENAVIDES, ob.cit. p. 443. ESCOBAR GIL, Ob. cit. p. 563 y ss.

39. RODRIGUEZ. Ob.cit. p. 112.

40. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. IJ-001, Sentencia de 25 de agosto de 1998, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros y, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038 de 1º de febrero de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

41. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 8 de marzo de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16421, y de 27 de abril de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 16079.

42. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. "La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública" 1ª ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2003, p. 228.

tante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio<sup>43</sup>.

En sintonía con lo expuesto en la providencia citada, el máximo órgano judicial de lo contencioso administrativo colombiano puntualizó en el año 2007:

*"En consecuencia, en nada se modifica el régimen de responsabilidad aplicable en el sub lite por la circunstancia de que la obra pública en cuestión estuviere siendo realizada por contratistas y subcontratistas del municipio de Cali y no por servidores públicos ligados con éste a través de un vínculo legal y reglamentario o contractual laboral. Al ser la "construcción de sub base, base y obras complementarias para la pavimentación de la avenida circunvalar La Paz", en uno de sus tramos, un objeto contractual pactado por el Municipio de Cali por encontrarse dentro de sus funciones y obligaciones como entidad pública, para beneficio de la colectividad y en aras de la satisfacción del interés general, el hecho de que esa tarea fuera acometida por particulares y no directamente por servidores incluidos en la planta de personal de la Entidad, no deja de hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos que se causen a raíz de la ejecución de las obras públicas en dichas condiciones materializadas."*<sup>44</sup>

■ **Efectos de las cláusulas de indemnidad no se extienden a los terceros damnificados:** Por otra parte, si se pacta no tienen la facultad de exonerar a la entidad de toda responsabilidad. El fallo de 1985 del Consejo de Estado colombiano, afirmó:

*"Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños*

*a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos. Es quizás esta creencia la que produjo la desviación del Tribunal en el fallo que se revisa y en el concepto de la Fiscalía.*

*En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésima cuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la Empresa. Si así lo fuera sería absolutamente nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales.*

*Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no responsabilidad."*<sup>45</sup>

■ **Responsabilidad solidaria:** En la providencia del año 1985, el Alto Tribunal estableció que tanto la empresa contratista como la entidad contratante responden solidariamente por los daños infringidos, sin que pueda entenderse que la cláusula de indemnidad modifica tal circunstancia:

*"La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es "res inter altos acta" frente a los terceros. Por ese motivo, la demandante al accionar contra la Empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la Empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido."*<sup>46</sup>

■ **Responsabilidad objetiva - Título de imputación:** riesgo excepcional: Mediante sentencia que puso fin al proceso que juzgó la responsabilidad de un municipio y un contratista, en el fallecimiento de un trabajador que laboraba en la construcción de un tanque de almacenamiento de agua, el Consejo de Estado consideró que el régimen de responsabilidad es objetivo, y dadas sus actividades laborales, se encontraba en un riesgo de gran entidad, situación que da lugar a la aplicación de la responsabilidad sin culpa:

*"En cuanto al régimen de responsabilidad, no cabe duda de que tiene carácter objetivo. Se impone al demandante, entonces, la demostración del daño y de la relación de causalidad existente entre éste y el hecho de la administración, realizado por medio del contratista, en desarrollo de una actividad riesgosa. De nada le servirá a la entidad pública demandada demostrar la ausencia de culpa; deberá probar, para exonerarse, la existencia de una causa extraña,*

43. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 1985. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 4556.

44. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16089.

45. Consejo de Estado. Sec 3ra. Sentencia del 9 de octubre de 1985, cit.

46. Consejo de Estado. Sec 3ra. Sentencia del 9 de octubre de 1985, cit.

esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

*Poco importa, por lo demás, que la víctima sea una de las personas vinculadas por el contratista a la construcción de la obra. Existe, en este caso, en efecto, una exposición directa y permanente al riesgo creado por la actividad, que justifica claramente la aplicación del citado régimen, sin perjuicio de que la intervención de aquella en la producción del daño pueda ser valorada por el juzgador, a fin de estudiar la posible configuración de una causa extraña que permita la exoneración de la entidad demandada, o la disminución de la condena respectiva, conforme al artículo 2.357 del Código Civil.*<sup>47</sup>

En pronunciamiento ya citado, la misma Corporación estableció que si el daño se deriva de la conducción de un vehículo automotor, el régimen también es objetivo, y la imputación es por riesgo excepcional:

*"La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído -daños derivados de la operación de vehículos automotores, en este supuesto específico, un vehículo industrial-, el título de imputación aplicable es el de riesgo excepcional. En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza la eventual declaratoria de responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños originados en el despliegue -por parte de la entidad pública o de sus agentes- de actividades peligrosas -lo que ocurre cuando se usan vehículos automotores de dotación oficial o puestos al servicio de la Administración-, es aquél a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad, quien viene obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado."*<sup>48</sup>

■ **Responsabilidad con falla:** Sin embargo, la regla anterior no ha sido absoluta en la jurisprudencia. El Consejo de Estado colombiano, en 2009, manifestó:

*"Tratándose de la ejecución de obras públicas la jurisprudencia ha manejado distintos regímenes de responsabilidad según sea la calidad de la víctima que sufre el daño, el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero, bajo el entendido que si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la administración, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio. En cambio, por regla general, un tratamiento distinto operó si la víctima del daño era el usuario o el tercero, porque en estos casos el régimen adecuado sería el de la responsabilidad objetiva, y en este escenario, en algunas oportunidades privilegió el título de imputación del riesgo creado y en otros casos habló del daño especial por el rompimiento del principio de*

*igualdad antes las cargas públicas."*<sup>49</sup>

Esta tesis parte de la siguiente distinción: quienes trabajan para la obra asumen voluntariamente los riesgos que la actividad peligrosa envuelve, razón por la que la entidad debe extremar las medidas para evitar las lesiones del personal a su cargo. Mientras tanto, un usuario o un tercero no aceptan tales riesgos por lo que el régimen será de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional<sup>50</sup>.

En 2012, la Corporación profirió otra sentencia<sup>51</sup> que desarrolló este tema. Se trataba del caso de un señor que cruzó una avenida a través de un puente vehicular que había sido habilitado el segundo nivel de la estructura para el paso peatonal. Sin embargo, ni la administración ni el contratista no llevaron a cabo las medidas de precaución y seguridad necesarias (barandas, señalización, avisos, etc.); como consecuencia de tal omisión el sujeto se tropezó con una varilla desprendida, cayó del puente de aproximadamente 3 metros de altura y falleció.

Inicialmente, el Consejo de Estado retomó las ideas de la doctrina jurisprudencial adoptada desde el año 2007 (la distinción entre trabajadores de la obra y terceras personas). Sin embargo, anotó lo siguiente:

*"En el análisis de la responsabilidad del Estado se debe comenzar por estudiar si en el caso de marras el referido daño tuvo su origen en irregularidades en la actividad de la Administración -falla en la prestación del servicio- de modo que, en caso de no hallarse estructurada ésta, deba acudirse a la aplicación del título de imputación objetivo"*<sup>52</sup>.

El Alto Tribunal encausó su labor de valoración probatoria a verificar si el Municipio demandado "incumplió con los deberes que le incumben relacionados con la adopción de las medidas reglamentarias, necesarias y eficaces tendientes a prevenir a las personas, a fin de evitar que éstas puedan sufrir accidentes por el peligro que involucra la construcción y ejecución de una obra pública".

Prosigue la providencia expresando lo siguiente: "... se recuerda que la construcción y ejecución de obras, sean de naturaleza pública o privada, son consideradas actividades peligrosas, puesto que, en razón de los materiales y la maquinaria que se utiliza -los cuales son capaces de causar destrozos considerables-, el movimiento constante de tales elementos, las misma situación de tratarse de una obra inconclusa, generan una potencialidad o probabilidad

47. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2003. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 12654.

48. Consejo de Estado. Sec 3ra. Sentencia del 7 de junio de 2007, cit.

49. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de enero de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 16689.

50. Ibid. Basado en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, de fecha 8 de noviembre de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15967.

51. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp.24592.

52. Consejo de Estado. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp: 15793. MP: Myriam Guerrero de Escobar. (Cita de la jurisprudencia)

de causar más daño en relación con aquellas actividades consideradas cotidianas.

*Por lo anterior, si a pesar del riesgo que la sola ejecución de la obra involucra tanto para los trabajadores como para los terceros ajenos a ésta, la entidad pública habilita un paso peatonal elevado que atraviesa la misma obra, surge de manera inmediata el deber de advertirle de manera efectiva a los peatones la peligrosidad que puede revestir su tránsito por la obra, así como se deben identificar de manera específica los puntos que pueden suponer o comportar un riesgo potencial, con el fin de evitar la causación de daños a las personas.*

*En el presente caso se encuentra acreditada la peligrosidad que por sí revestía la obra que se encontraba en construcción y el mismo paso peatonal que se habilitó para esa zona."*

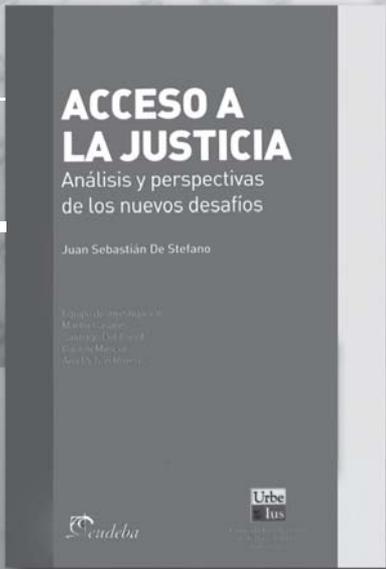
Finalmente, la sentencia concluyó: *"En consecuencia, se encuentra probado el incumplimiento por parte de la entidad demandada de las medidas reglamentarias, necesarias y eficaces, tendientes a prevenir la causación de daños a las personas, en relación con la construcción y ejecución de una obra pública, configurándose de esta manera una falla en el servicio."*

Consideramos que ésta providencia fue motivada de forma desafortunada. Lejos de aportar claridad en materia del título de imputación, la sentencia de 2012 carece de una exposición coherente, confunde la responsabilidad con culpa (entiéndase con falla), con la responsabilidad sin culpa, trae a colación un precedente que no aplica porque termina

declarando la falla en el servicio de la Administración respecto de un tercero, ajeno al personal de la construcción.

En conclusión de este recuento jurisprudencial, si bien existe copiosa jurisprudencia contencioso-administrativa que realiza interesantes aportes, también encontramos contradicciones y cambios jurisprudenciales discutibles. Para lo que a nosotros concierne, la jurisprudencia aún no arroja las suficientes luces para determinar las características de una responsabilidad extracontractual del Estado, para reparar los daños ocasionados a terceros en virtud del incumplimiento contractual.

No obstante, optaríamos por asumir que la tipología de responsabilidad propuesta se acomoda al régimen de responsabilidad sin culpa (objetiva), en la imputabilidad al Estado por tratarse de un daño antijurídico sufrido en virtud de la satisfacción de un servicio público, y en la solidaridad como respaldo a la reparación integral del tercero afectado. ■



**ACCESO A LA JUSTICIA**  
Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos

Juan Sebastián De Stefano

Urbe Ius

Cendeba

**Juan Sebastián DE STEFANO**

**ACCESO A LA JUSTICIA**  
Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos

- Problemática
- El Rol del Poder Judicial en el Acceso a la Justicia
- Políticas de Acceso en la actualidad
- Agendas de la sociedad civil en las políticas públicas orientadas al Acceso a la Justicia