



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201741210100013364

Fecha: 06-04-2017

TRD: 4121.010.22.2.1020.001336

Rad. Padre: 201741210100013364

CIRCULAR No 4121.010.22.2.1020.001336

PARA: Directores de Departamento Administrativo, Secretarios de Despacho, Jefes de Oficina de Apoyo, Abogados apoderados.

ASUNTO: Lineamientos de defensa judicial.

Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Competencia y alcance:

Conforme lo determina el decreto No.411.0.20.0673¹ de 2016, la Subdirección de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico, tiene como propósito principal orientar y ejercer la defensa judicial y extrajudicial del Municipio de Santiago de Cali, a través de actividades que tengan por objetivo consolidar y fortalecer las competencias del cuerpo de abogados de la Administración Municipal, en materia de defensa judicial.

En cumplimiento de ese objetivo y con el fin de facilitar y procurar elementos jurídicos necesarios para contestar la demanda, esta Subdirección encuentra pertinente abordar algunas consideraciones de naturaleza jurisprudencial en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado, así:

Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El artículo 2341 del Código Civil indica: *"el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)"*².

Por su parte el artículo 140 C.P.A.C.A determina: *"En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado."*

¹ "Por el cual se adopta el manual específico de funciones y de competencias laborales de las distintas denominaciones de empleo adscritos a la planta de personal de la administración central del municipio de Santiago de Cali"

² Código Civil.

Basco



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. (...)"

Del contenido de las normas se desprende que la estructura de la responsabilidad del Estado surge cuando se verifica la existencia del daño antijurídico o injusto, y la imputación de éste a la administración pública.

1. DEL DAÑO.

Para Tamayo Jaramillo el "daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial"³.

Para Juan Carlos Henao, daño "es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima"⁴.

La Jurisprudencia ha determinado:

*"El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, **pero, de ningún modo, eventual o hipotético**. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública."*⁵

*"En este orden de ideas, la **certeza** del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la **eventualidad** precisamente se opone a aquélla característica, es decir, es incierto el daño, cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no"⁶ y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y la **concreción del daño** se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable."⁷*

³ TAMAYO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2007. p. 326 (Tomo II).

⁴ HENAO, Juan. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 84.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Sentencia del 8 de agosto de 1988, Exp.: 5.154, actor: Hugo Napoleón Tovar Silva y Otros, C.P. Carlos Ramírez A.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2002, Exp.: 13.830, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Henao



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Conforme lo anterior se ha concluido que el daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁸, anormal⁹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida.¹⁰

1.1 DEL DAÑO ANTIJURIDICO.

El Consejo de Estado ha determinado que *"El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, (...) ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo."*¹¹

La Corte Constitucional en Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, en lo que se refiere al daño antijurídico, señaló:

"El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el legislador."

"La doctrina española ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. (...)."

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de

⁸ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG

⁹ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de mayo de 2011, Exp.: 20.097, C.P.: Hemán Andrade Rincón.

Handwritten signature



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”.

“Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.

2. DE LA POSIBILIDAD DE IMPUTACIÓN O NO AL ESTADO

La denominada imputación comprende identificar el comportamiento relevante en la producción de una lesión antijurídica y *supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico.*

“(…) todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, **la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.** Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.”¹²

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION Centro Administrativo Municipal CAM Torre Alcaldía Piso 9
Teléfono: 6617084/85 Fax 6688491
www.cali.gov.co

buena



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

"(...) En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...)"¹³

En providencia de Sala Plena radicación 24392 de agosto 23 de 2012, se dijo:

*"Esta Sala, en sentencia de 19 de abril pasado¹⁴, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que **dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.** Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación. (...)"*

"En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia¹⁵

Expresa Javier Tamayo-Jaramillo *"cualquiera que sea la teoría de la causalidad que se acoja, lo cierto es que, (...), siempre es indispensable que el fenómeno que se estudia como posible causa sea conditio sine qua non del daño. Es decir, desde el punto de*

C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 9 de mayo de 2011 Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464), Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012. MP. Hernán Andrade Rincón. Exp 21515.

¹⁵ *Ibídem*



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

vista jurídico, solo se considera causa del daño aquel fenómeno sin el cual el daño no se habría producido. Ello significa que si, en el caso concreto, el juez llega a la conclusión de que el daño de todas maneras se habría producido así no hubiera concurrido la culpa del demandado este no se considera causante de ese daño”¹⁶

De la interpretación armónica e integral de lo antes señalado, el Consejo de Estado ha señalado que en materia contencioso administrativa en cuanto a la imputación se exige analizar dos aspectos:

- a) el ámbito fáctico, y;
- b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en:
 1. falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-;
 2. daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-;
 3. riesgo excepcional.

“(...) la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

En lo que concierne **al riesgo ha señalado:** *“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta más de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre*

¹⁶ Javier tamayo-jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 384, Legis Editores, Bogotá (2007).

Handwritten signature



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión¹⁷. GüntherJakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella¹⁸.

En cuanto al **riesgo excepcional** ha dicho *“como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados en enfrentamientos armados, habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.(...)”*¹⁹

Por otra parte, esta Sección del Consejo de Estado ha establecido que *“el Estado debe responder patrimonialmente a pesar de la legalidad de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al particular un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los particulares la existencia del Estado”*.⁽¹⁸⁾

¹⁷ Cfr. Javier Sánchez-Vera. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen.* Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. *Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch.* Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 28de enero de 2015, Radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), Actor: DARIO DE JESUS JIMENEZ GIRALDO Y OTROS.

Handwritten signature



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

3. CAUSALES DE EXONERACIÓN.

El daño no es imputable al Estado si se demuestra:

- a. La culpa exclusiva de la víctima entendida como "la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado"²⁰, que se concreta en la demostración "de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta"²¹.

La Sección Tercera concluyó:

"(...) Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad (...) con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño"²².

- b. Hecho exclusivo de un tercero. El Consejo de Estado ha establecido para la prosperidad de ésta :

"(i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurren en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subrogue en los derechos

²⁰ Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, expediente 13744. La Sub-sección C tuvo en cuenta esta argumentación en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19565.

²¹ Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, expediente 13744. La Sub-sección C tuvo en cuenta esta argumentación en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19565.

²² Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, expediente 13744. La Sub-sección C tuvo en cuenta esta argumentación en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19565.

Amor



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención²³

(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.

(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor"²⁴

c. Caso fortuito o fuerza mayor.

El código civil en su artículo 64 señala: "ART. 64.—Subrogado. L. 95/890, art. 1º. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

"En la legislación colombiana la ley 95 de 1890 define el caso fortuito junto con la fuerza mayor como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio,

²³ Ver Sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 2466. En sentencia de 22 de junio de 2001, exp. 13.233 dijo la Sala: "El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibídem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño".

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veintiocho 28 de enero de 2015.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (art. 1°). Esa disposición se redactó, como lo dice la doctrina, bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, esto es, la tendencia que acepta la identidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, utilizada por nuestra jurisprudencia civil - mayoritaria - al considerar que no son conceptos separados “sino elementos de una noción. El casus fortuitus indica la imprevisibilidad del acontecimiento, y la vis major, su irresistibilidad”. En esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de éstas sólo estructura causa extraña a la fuerza mayor. (...).

La jurisprudencia del Consejo de Estado y los conceptos de su Sala de Consulta y Servicio Civil han predicado la tesis dualista respecto al caso fortuito y a la fuerza mayor, al respecto pueden verse las siguientes providencias: Sentencia de 29 de enero de 1993. Exp. 7635. Actor: Ana Delia Bohórquez Martínez.; Sentencia de 2 de febrero de 1995. Exp. 10.376. Actor: Arcesio Llantén y otros; Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 10 de mayo de 1996. Exp. 813; Sentencia de 29 de octubre de 1999. Exp. 9626. Actor: Banco de Los Trabajadores S.A. Además la jurisprudencia de la Corporación y para el caso de la responsabilidad por riesgo, como el que se falla ahora, en sentencia proferida el día 16 de marzo de 2000 (Exp. 11.670. Actor: Martiniano Rojas y otros) dijo: “Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”.

Sobre la imprevisibilidad la doctrina expresa: “La noción de irresistibilidad o imposibilidad se detiene ante la comprobación del hecho, sin averiguar la causa del mismo. Por el contrario, la noción de imprevisibilidad requiere esa causa. Así, los dos caracteres son muy distintos. Puede haber irresistibilidad sin imprevisibilidad: tal es el caso de un comerciante que, de resultas de una prohibición de exportar, se encuentra en la imposibilidad de expedir las mercaderías vendidas, cuando conocía la inminencia de la prohibición: no existe fuerza mayor por ser el acontecimiento, aunque irresistible, previsible. A la inversa, puede haber imprevisibilidad sin irresistibilidad: una cantidad de acontecimientos

sucesos



ALCALDÍA DE
SANTIAGO DE CALI

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

que no cabía prever constituyen simples dificultades para el cumplimiento, pero no una verdadera imposibilidad. ...Decir que un acontecimiento era imprevisible significa que no había ninguna razón especial para pensar que se produciría ese acontecimiento. Una simple posibilidad vaga de realización no podría bastar para excluir la imprevisibilidad".²⁵

Las precisiones contenidas en la presente circular, corresponden a una orientación y difusión de criterios jurídicos fundamentales, respecto de los cuales el apoderado deberá realizar el respectivo análisis de pertinencia y conveniencia, al momento de ejercer la defensa de los intereses litigiosos del municipio de Cali.

Atentamente

ANA MILENA CERÓN DE VALENCIA

Subdirectora de Defensa Judicial y Prevención de Daño Antijurídico.
Departamento Administrativo de Gestión Jurídica Pública.

Proyectó: Esther Gonzalez Afanador. Abogada Asesora.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ, 2 mayo de 2.002, Radicación número: 70001-23-31-000-1994-3477-01(13477), Actor: RONIS JHON ZAMBRANO HERNÁNDEZ Y OTRO