

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SALA VEINTIDÓS ESPECIAL DE DECISIÓN

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil diecinueve (2019)

**Referencia:** REVISIÓN EVENTUAL  
**Radicación:** 44001-33-31-002-2002-00438-01  
**Demandante:** LUIS CARLOS MARTÍNEZ Y OTROS  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y PROMIGAS S.A. E.S.P.

**Temas:** RATIFICACIÓN y vinculatoriedad del precedente judicial. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR RIESGO. Modalidades de riesgo. RIESGO CONFLICTO, riesgo beneficio. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES. Aplicación de la teoría del riesgo excepcional en los casos de actos violentos de terceros. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL MINISTERIO DEL RAMO.

### SENTENCIA

---

La Sala decide las solicitudes de revisión eventual de la sentencia del 25 de mayo de 2017, proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de La Guajira, dentro del proceso de acción de grupo identificado en la referencia.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. Demanda

El señor Luis Carlos Martínez y otros ejercieron, mediante apoderado judicial, demanda en ejercicio de la acción de grupo contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía y la empresa Promigas S.A. E.S.P. (en adelante Promigas), por considerar que habían sido víctimas de una explosión ocurrida el 21 de octubre de 2001, en un tramo del tubo empleado para el transporte de gas natural.

La demanda se fundamentó en los siguientes hechos:

- Promigas es propietaria del gasoducto Ballenas-Barranquilla, ubicado en el municipio de Manaure, con el cual se comercializa y transporta gas natural por diferentes ciudades de la costa atlántica, en virtud de una concesión otorgada por el Ministerio de Minas y Energía.
- El gasoducto fue construido en unos terrenos baldíos de Riohacha, zona hacia la cual se expandió la ciudad.
- En la zona donde operaba la válvula reguladora, sector “El Patrón”, ocurrió una explosión de grandes magnitudes que causó la pérdida de vidas humanas, daño a la integridad física y síquica de las personas, así como a sus bienes y actividades laborales y profesionales.

### **1.1. Decisión de primera instancia**

Por sentencia de 26 de septiembre de 2014, el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Riohacha, acogió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Indicó que se cumplieron los requisitos de procedibilidad de la acción, fue interpuesta oportunamente, por 49 personas (naturales y jurídicas), y advirtió que en el curso de proceso se vincularon 16 más.

Asimismo, puso de presente que los demandantes actuaron a través de apoderado judicial y que las pretensiones individuales eran netamente reparatorias y provienen de una misma causa, es decir, la explosión de un tramo del tubo empleado para el transporte de gas natural, de la válvula reguladora ubicada en el kilómetro 1 de la vía Riohacha – Maicao, sector “El Patrón”.

Seguidamente señaló que el daño antijurídico está demostrado en la afectación de los demandantes, quienes sufrieron pérdidas humanas, daños en su integridad física y psíquica, pérdida de bienes e ingresos por el no ejercicio de sus actividades laborales y profesionales como consecuencia de los hechos examinados.

En cuanto al juicio de imputación, estudió abundante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia y precisó que corresponde al régimen de responsabilidad objetivo, bajo el título de imputación por riesgo excepcional, por tratarse del transporte de hidrocarburos, actividad catalogada como peligrosa. Manifestó, además, que a Promigas le sería aplicable el régimen privado dada su naturaleza jurídica.

A continuación, examinó los hechos probados y puntualizó que, de acuerdo con ellos, le asiste responsabilidad administrativa y patrimonial a las entidades demandadas, por cuanto crearon el riesgo por virtud del contrato de concesión suscrito entre ellas y, agregó que los hechos sucedidos el 21 de octubre de 2001 obedecieron a un solo fin, esto es, atacar, mediante un atentado –perpetrado por las FARC-, el elemento representativo del Estado, es decir, las válvulas y los tubos conectados a través de estas.

A su juicio, según la teoría de la causalidad adecuada, la actividad que originó el riesgo de naturaleza anormal fue la conducción de gas a través del gasoducto, lo que tuvo incidencia directa en la producción de los daños y perjuicios irrogados a los accionantes.

Precisó que los contratantes deben responder de manera solidaria por la prestación del servicio objeto del contrato a la luz del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En cuanto a los llamamientos en garantía –municipio de Riohacha, Ejército Nacional y Superintendencia de Servicios Públicos-, explicó que carecen de fundamento, puesto que no participaron en la creación del riesgo anormal que dio lugar a los daños cuya indemnización se reclama.

Por último, se ocupó de la tasación de los perjuicios, para lo cual clasificó las víctimas en los varios grupos de acuerdo con el perjuicio sufrido, dio parámetros para la indemnización de las personas que no se hicieron parte en el proceso y definió la suma ponderada a título de indemnización. También condenó en costas a las entidades demandadas y fijó las agencias en derecho.

## **1.2. Recursos de apelación**

### **1.2.1. Parte demandante**

Manifestó su desacuerdo en cuanto a los montos de las condenas impuestas y solicitó que la señora Ana Isabel Romero de Leones y Adis Publicidad sean incluidos dentro de los rubros indemnizatorios pues, aunque obran como demandantes, el juez omitió hacerlo.

### **1.2.2. Promigas S.A. E.S.P.**

Inconforme con el fallo de primera instancia, apeló con fundamento en las siguientes consideraciones:

El fallador de primera instancia erró al equiparar el margen de actuación de Promigas al de la Nación, pues por ser una entidad privada, el régimen de responsabilidad aplicable difiere sustancialmente del de las entidades estatales, de ahí que imputó responsabilidad a título de riesgo excepcional por los actos de agentes no estatales como los insurgentes, cuando el bien objeto del acto terrorista no es de carácter público, ni es un elemento representativo del Estado.

La responsabilidad de Promigas debió estudiarse en el ámbito de las instituciones de responsabilidad civil extracontractual y en concreto, dentro de las actividades peligrosas, lo cual no se hizo.

Rechazó la conclusión del juez de primera instancia según la cual, desde el punto de vista fáctico, le era imputable responsabilidad a Promigas y al

Ministerio de Minas, cuando el autor del insuceso fue un grupo armado terrorista.

Insistió en que se juzgó a Promigas como una entidad estatal, cuando el régimen de responsabilidad aplicable es el de actividades peligrosas de conformidad con lo establecido en el artículo 2356 del Código Civil.

Aseguró que no podía aplicarse la sentencia de 29 de octubre de 2012 del Consejo de Estado, relativa a responsabilidad estatal por actos terroristas dirigidos a instalaciones del Estado cuyo marco fáctico es el ataque hecho a un poliducto de Ecopetrol, que tiene participación oficial y, en este caso, el gasoducto propiedad de Promigas no es un bien representativo del Estado, lo que descarta por completo su responsabilidad.

Recalcó que la sentencia del Consejo de Estado no puede ser aplicada porque el juez atribuyó responsabilidad a Promigas y al Ministerio de Minas y Energía por beneficiarse de la ejecución de la obra o el servicio que produjo el riesgo; no obstante, la aludida providencia se refiere a una categoría de riesgo distinta, esto es, riesgo conflicto, que alude al riesgo que crea el Estado con la actividad lícita de proteger la soberanía, el monopolio de las armas y la fuerza dentro del conflicto armado. La jurisprudencia señaló que los ataques a los oleoductos no ocurren porque sean considerados peligrosos, sino por la dinámica propia del conflicto.

Afirmó que la conducción del gas por parte de Promigas no es la causa jurídica por la cual se hace la imputación a título de riesgo excepcional, pues el riesgo conflicto es generado por el Estado y Promigas es una empresa privada.

En su criterio, si el juez hubiera realizado el juicio de responsabilidad debidamente, la conclusión obligada era la absolución de la empresa, puesto que se acreditó el funcionamiento a cabalidad del sistema de conducción de gas a cargo de Promigas.

Resaltó que la actividad de transporte de gas no generó el daño, pues siempre se conservó el control, dirección y manejo de la actividad peligrosa y no se concretó ninguno de los riesgos propios de ella, por cuanto no existieron fugas o fallas en el gasoducto.

De otra parte, se refirió a los llamamientos para asegurar que debieron prosperar:

En cuanto al Ejército Nacional, manifestó que la negación del llamamiento se fundamentó en que de manera errónea se aplicó la sentencia de 29 de octubre de 2012 del Consejo de Estado, específicamente, la teoría del riesgo conflicto a Promigas, pese a que es una entidad privada.

Planteó que dicho título debió aplicarse al Ejército Nacional, el cual sí participa en la creación del riesgo pues hace parte del conflicto interno y era

responsable de proteger tanto el gasoducto de propiedad de Promigas, como la integridad física de las personas que vivían en inmediaciones de esa instalación.

Respecto del llamamiento efectuado al municipio de Riohacha, aseveró que debe prosperar con fundamento en similares argumentos a los referidos para la causal eximente de responsabilidad de hecho de un tercero, porque según el Régimen Municipal, Ley 136 de 1994, artículos 3, 5 y 6, le corresponde ordenar el desarrollo del territorio y comoquiera que el ente territorial permitió que los demandantes construyeran viviendas y establecimientos de comercio alrededor del gasoducto, se vislumbra un ilegal ordenamiento en el territorio.

Añadió que la conducta de los llamados en garantía –municipio de Riohacha y Ejército Nacional-, contribuyó causalmente a la materialización del accidente y, en esa medida, deben ser condenadas a reembolsarle a Promigas lo que a título de condena deba cancelarle a los demandantes.

### **1.3. Fallo de segunda instancia**

Por sentencia de 25 de mayo de 2017 el Tribunal Administrativo de La Guajira: (i) declaró fundado el impedimento manifestado por la magistrada María del Pilar Veloza Parra; (ii) modificó el numeral 2º de la sentencia de primera instancia referido a la condena impuesta a Promigas y a la Nación – Ministerio de Minas y Energía<sup>1</sup>; y (iii) confirmó en sus demás apartes el fallo recurrido.

Para sustentar su decisión expuso las consideraciones que a continuación se sintetizan:

#### **1.3.1. Régimen de imputación aplicable**

El Tribunal señaló las características de la **teoría del riesgo** y precisó que en su evolución se han conocido distintos criterios, en ocasiones para imputar responsabilidad, en otras para exonerar de responsabilidad, dependiendo de la actividad que se ejerza.

Dicha autoridad judicial se refirió al criterio de riesgo creado; provecho o beneficio, excepcional y el riesgo conflicto.

Explicó que **este último** está basado en que, la simple presencia o ubicación de bienes o instalaciones que los grupos armados ilegales escogen como

---

<sup>1</sup> “Condénese a PROMIGAS S.A. E.S.P. y a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a título de indemnización por los perjuicios materiales e inmateriales, la suma ponderada equivalente a CUATRO MIL DOSCIENTOS MILLONES SEIS CIENTOS (sic) CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$4.207.604.932). Cada una de las personas de los Grupos (sic) relacionados en el acápite 6.3.4 de esta sentencia tendrá derecho a la indemnización individual de acuerdo a la parte motiva de la presente providencia”.

objetivo de sus ataques, generaba un riesgo para la comunidad que, de concretarse, compromete la responsabilidad estatal sin distinción de la ilicitud en la actividad de la administración e incluso que esta respondiera al cumplimiento de un deber legal, pues la imputabilidad surge de la creación deliberada de un riesgo que se consideraba excepcional, en la medida en que suponía la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos.

Afirmó que tanto el riesgo beneficio como el riesgo conflicto pueden subsumirse en el concepto de riesgo creado habida cuenta que este último abarca todo peligro que sea creado por el hombre. Es decir, dentro del título de imputación de riesgo excepcional pueden emplearse cualquiera de las categorías de riesgo pasibles de atribución al Estado.

Seguidamente se ocupó con detenimiento de las posturas jurisprudenciales sobre el riesgo conflicto y el riesgo provecho o beneficio, en especial, la sentencia de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado de 29 de octubre de 2012, en el expediente 25000-23-26-000-1993-08632-01 (18472), con ponencia del Magistrado Danilo Rojas Betancourth.

Sostuvo el Tribunal que, le asistiría razón a Promigas *“en tanto que su concurrencia al presente juicio se tratara de la ejecución de una actividad enteramente privada o particular, pero olvida sin mayores miramientos (sic) la relación sustancial –libremente convenida- que le asiste para con el Ministerio de Minas y Energía, de la que no se tiene duda alguna sobre su carácter estatal”*.

A continuación, efectuó unas consideraciones acerca del contrato de concesión y en particular, del contrato de concesión de servicios públicos.

### **1.3.2. Juicio de responsabilidad**

En este punto el Tribunal se pronunció sobre los siguientes aspectos:

a. **El daño:** señaló que los integrantes del grupo probaron el daño bajo diferentes modalidades.

b. **Imputación:** adujo que lo pretendido por Promigas es su exoneración por cuanto la responsabilidad patrimonial no le es atribuible fáctica y jurídicamente -a título de riesgo excepcional- por tratarse de una entidad netamente privada, razón por la que su juicio de responsabilidad debió hacerse bajo las instituciones del derecho extracontractual civil por el ejercicio de actividades peligrosas.

Tampoco, según dicha empresa, le era aplicable la jurisprudencia relacionada con la responsabilidad objetiva del Estado derivada del actuar delictivo de insurgentes contra elementos representativos de la administración, pues la válvula objeto de ataque no lo es.

Al respecto el Tribunal precisó que, bajo la figura del fuero de atracción, al presentarse una demanda de forma concurrente contra una entidad estatal,

cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y contra otra entidad, en un caso en el que la competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante la primera, la cual tiene competencia, entonces, para fallar acerca de la responsabilidad de todas las demandadas.

Afirmó que no se justifica la distinción exigida por Promigas frente a los juicios de imputación empleados por esta jurisdicción y la ordinaria, pues si se observan con detenimiento los conceptos jurídicos, especialmente los relacionados con la teoría del riesgo, preponderante en este asunto, no guardan diferencias drásticas que justifiquen un tratamiento distinto.

Advirtió que, si bien la categoría de riesgo conflicto es predicable de los eventos en que está comprometida alguna de las instituciones del Estado, *“sobreviene una situación particular en este caso, que hace posible y coherente la conjugación de las categorías de riesgo examinadas en precedencia”*.

Luego, descartó la configuración de responsabilidad subjetiva pues no hubo falla o culpa por parte de Promigas, toda vez que la empresa cumplió adecuadamente, dentro del marco de sus posibilidades, con los deberes de mantenimiento de la actividad a su cargo. Y, también quedó acreditado con suficiencia que la voladura del tramo del gasoducto obedeció al material explosivo que fue activado en inmediaciones de la válvula, con lo cual se descarta cualquier negligencia o precariedad en las instalaciones del gasoducto.

Empero, Promigas tenía a su cargo la ejecución de un servicio público y la manipulación de un recurso natural que por excelencia se encuentra en manos del Estado, lo que no hubiese sido posible, si no mediara el contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Minas y Energía.

Indicó que no puede deducirse que la cesión de la actividad o del servicio hecha por una entidad estatal a una privada, - a efectos de cumplir con los fines institucionales- la inhiba en forma libérrima de su carácter público, pues el mismo le es inherente aun cuando se preste por un particular.

En ese orden, no es cierto que la válvula de conducción de gas no sea un elemento representativo del Estado, pues tratándose del transporte y comercialización de un recurso mineral -gas natural- justamente para la prestación de un servicio público, lo hacía un claro objetivo de la insurgencia, para de esta forma atacar al Gobierno, aun cuando su construcción, mantenimiento y funcionamiento proviene de gestiones privadas en cabeza de Promigas.

Explicó que, atendiendo al concepto jurídico del contrato de concesión, la empresa concesionaria asume por su cuenta y riesgo el ejercicio de la actividad, obra o servicio, es decir, se aceptan con la suscripción del contrato los riesgos inherentes al objeto social del mismo.

Agregó que, tanto para la Corte Suprema de Justicia como para el Consejo de Estado, no ofrece ninguna duda atribuir el carácter de peligrosa a las actividades que tienen que ver con la producción, distribución y almacenamiento de gases, por el riesgo inherente a la naturaleza misma de las sustancias y la potencialidad para dañar que se les reconoce, con independencia de las precauciones que se adopten porque el peligro permanece y está latente en cualquiera de las etapas y actividades.

En este caso, Promigas, a sabiendas de que el transporte y comercialización del gas suponía la consecución de una actividad peligrosa, la ejerció con toda liberalidad y, como le representa un provecho económico, a expensas del peligro del conglomerado, es dicha empresa la que debe asumir el riesgo, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que le asiste al Ministerio de Minas y Energía.

Adujo que en este evento no pueden separarse radicalmente los criterios de riesgo conflicto y riesgo beneficio, en tanto que el primero confluye por la calidad de concesionario de Promigas, a través de la cual emplea y ejerce instrumentos y servicios representativos del Estado y el segundo, en la dimensión de empresa privada que ejercía y guardaba la actividad peligrosa - transporte de gas- con propósitos claramente lucrativos, que impone la asunción de la responsabilidad de las consecuencias negativas derivadas de la explosión por el escape de una gran magnitud del gas propano a consecuencia de un ataque violento.

**c. Causales eximentes de responsabilidad:** en cuanto a la **culpa exclusiva de las víctimas** alegada por Promigas, con fundamento en que levantaron construcciones en sectores aledaños al gasoducto, el Tribunal consideró que no se configuró puesto que dicha circunstancia no era un hecho imprevisible para dicha empresa, pues aun cuando al momento de construirse el ducto el sector se comprendía de terrenos baldíos, era totalmente predecible que, con el tiempo, el crecimiento urbano de la ciudad alcanzara las inmediaciones de la edificación.

Además, la empresa conoció los asentamientos poblacionales que rodearon el tramo, sin que se tenga prueba alguna de que hubiere surgido de manera abrupta.

Tampoco resulta irresistible pues el asentamiento de la población de las inmediaciones del gasoducto, no puede categorizarse como inevitable a las acciones y posibilidades que le asistían a Promigas en calidad de ejecutor de la actividad peligrosa, pues aun cuando se aduce la disposición legal estatuida en el Código de Petróleos, relativa a que quien use la zona de un gasoducto asume el riesgo sobreviniente, lo cual en criterio del recurrente tiene la entidad suficiente para dimitir la responsabilidad achacada, lo cierto es que la empresa no ejerció alguna acción tendiente a repeler el fenómeno social.

En todo caso, para el Tribunal, la norma referida se predica únicamente de quienes crucen la zona con caminos, ferrocarriles y otras vías de comunicación (públicas o privadas), otros oleoductos o tuberías, condicionado únicamente a que ello no estorbe el regular funcionamiento del oleoducto, sus dependencias y accesorios, sin que haya alguna distinción sobre la construcción de viviendas urbanas.

Por último, el fenómeno poblacional no puede reputarse como la causa eficiente y adecuada del daño, en consideración a que la connotación de la voladura hacía insuperable la causación de las lamentables pérdidas humanas y materiales que surgieron con ocasión del atentado terrorista.

Promigas alegó también el **hecho de un tercero** consistente, de una parte, en que el acto terrorista contra el gasoducto lo provocó un grupo de subversivos, y de otra, en que el municipio de Riohacha tenía a su cargo la planeación, el control y el desarrollo urbano y municipal, funciones que a su juicio fueron incumplidas, lo que propició la construcción de viviendas y locales comerciales por los demandantes en las zonas aledañas al gasoducto.

Al respecto, el Tribunal consideró que, aun cuando se tiene certeza probatoria de que la explosión del gasoducto obedeció al actuar delictivo de insurgentes, quienes comportan plenamente la calidad de terceros, tal supuesto no tiene la entidad de liberar de responsabilidad a Promigas, en consideración al incumplimiento del requisito de imprevisibilidad.

Ello, por cuanto la empresa podía suponer que las instalaciones del gasoducto podrían ser objeto de ofensivas por los grupos al margen de la ley, no solo porque parte del ducto ya había sido objeto de ataques, sino porque la conmoción de orden público para la época de los hechos hacía altamente factible la consecución de tan lamentables actos.

Frente al crecimiento desordenado del casco urbano el Tribunal consideró que debía ser despachado desfavorablemente, bajo las mismas apreciaciones esgrimidas para denegar la causa de culpa exclusiva de la víctima, porque esa circunstancia no constituye la causa eficiente del daño.

**d. Llamamiento en garantía efectuado por Promigas:** precisó que el reproche de Promigas se centra en que el juez de primera instancia no abordó el estudio del llamamiento en garantía respecto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Ejército Nacional y el municipio de Riohacha, por haberse declarado la responsabilidad de las entidades demandadas bajo la égida del régimen de responsabilidad objetiva.

El Tribunal afirmó que el título de imputación empleado para la declaratoria de responsabilidad del llamado, no constituye un elemento determinante para examinar la procedencia de los llamamientos en el caso examinado, pues la relación legal y contractual predicable de los sujetos procesales intervinientes

en el mismo, es independiente de la relación jurídico procesal entre las partes primigenias.

Concluyó que, analizados los argumentos que sustentan los llamamientos hechos a las entidades públicas, es dable determinar que más que razones para detentar una relación legal entre estos y Promigas, se constituyen en lucubraciones propicias para advertir su responsabilidad directa en los hechos y no una obligación del reembolso de la indemnización.

En otro acápite, el Tribunal se ocupó de la indemnización reconocida en primera instancia, y para ello, se refirió a la valoración de los dictámenes periciales, y a continuación, se pronunció en torno a la indemnización de perjuicios reclamados en la demanda y que fueron reconocidos por el juzgado, para lo cual efectuó una nueva división del grupo.

## 2. LAS SOLICITUDES DE REVISIÓN

### 2.1. Ministerio de Minas y Energía

Por intermedio de apoderada judicial, solicitó la revisión eventual de la sentencia de segunda instancia de 25 de mayo de 2017 en los siguientes términos:

Resumió los **hechos** que dieron lugar a la acción de grupo y a varias acciones de reparación directa, esto es, la explosión en la zona donde operaba la válvula reguladora ubicada en el sector “El patrón” del gasoducto Ballenas – Barranquilla, ocurrida el 21 de octubre de 2001 relacionadas.

Entre ellas, mencionó que, por sentencia de segunda instancia de 10 de diciembre de 2014 del Tribunal Administrativo de La Guajira, dentro de un proceso de reparación directa promovido por Mingo Castro Jarariyu y otros, se declaró que a los Ministerios de Interior y Minas y Energía no les asiste responsabilidad patrimonial en el asunto y declaró la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ejército Nacional y DAS. Asimismo, se declaró probada la excepción de causa extraña –hecho de un tercero-, propuesta por Promigas.

También trajo a colación la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Riohacha de 2 de septiembre de 2014, en un proceso de reparación directa en el que actúa como demandante Junnys Darío Pérez Pérez, en la cual (i) se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio del Interior – Ministerio de Minas y Energía y la Alcaldía de Riohacha; (ii) se declaró no probada la excepción de hecho de un tercero propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional; y (iii) se

declaró patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

Luego, el Ministerio de Minas y Energía indicó que en la sentencia objeto de la solicitud de revisión eventual, el Tribunal lo declaró responsable al igual que a Promigas.

Refirió la sentencia de 29 de octubre de 2012 dictada por la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado que, en un proceso promovido con ocasión del atentado terrorista ocurrido en 1991 contra un tramo del poliducto de propiedad de Ecopetrol, declaró administrativamente responsable a dicha empresa, pese a que también habían sido demandados la Nación – Ministerio de Defensa y Ministerio de Minas y Energía.

En dicho fallo, se indicó que respecto del Ministerio de Minas y Energía no existía legitimación en la causa por pasiva por cuanto no ejerce la dirección ni representación jurídica de Ecopetrol.

Sostuvo que esta sentencia fue desconocida por aquella cuya revisión se solicita, *“toda vez que teniendo en cuenta el reglado ámbito de competencia del Ministerio de Minas y el cumplimiento de las normas técnicas para la construcción, operación y administración del Gasoducto Ballenas – Barranquilla, por parte de PROMIGAS S.A. E.S.P., como se demostró en el in extenso acervo probatorio allegado al proceso, **no es procedente** el juicio de responsabilidad efectuado por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, en el cual endilga tanto a la Nación – Ministerio de Minas y Energía y PROMIGAS S.A. E.S.P., la responsabilidad por los daños sufridos (materiales, morales y daños a la vida en relación) por las víctimas del atentado terrorista perpetrado por las FARC en la madrugada del 21 de octubre de 2001, en la ciudad de Riohacha en la zona denominada “El Patrón”, pues dicho juicio lo que conlleva es a la modificación del marco funcional legalmente arrogado de la entidad, al atribuir al Ministerio de Minas y Energía funciones de “seguridad y defensa de una zona urbana de nuestro país”, constitucional y legalmente atribuidas al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en coordinación con la autoridad municipal correspondiente, como lo es en este caso el Municipio de Riohacha”*.

Indicó que, si bien es cierto en las diferentes sentencias se desarrollan diversas teorías del riesgo que han sido estudiadas por el Consejo de Estado, también lo es que cada una de ellas se aplica a cada caso concreto y no se puede dejar de lado que frente a temas de seguridad pública la máxima autoridad es el Ministerio de Defensa, el cual formula, diseña, desarrolla y ejecuta las políticas de defensa y seguridad nacional y conduce la fuerza pública.

Resaltó que “en los procesos” se acreditó que la Policía y el Ejército Nacional tenían conocimiento de la difícil situación de orden público que para la fecha de los hechos estaba atravesando el país en cuanto a atentados terroristas y en particular, el departamento de La Guajira, razón por la que la Nación – Ministerio de Defensa debió tomar las medidas para la prevención de los actos en esta zona y en particular, garantizar la seguridad del sector minero

energético, por tanto, al permitir la ocurrencia del atentado terrorista al gasoducto Ballenas – Barranquilla, se advierte una falla en el servicio de seguridad.

## **2.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

La Directora de Defensa Jurídica de la referida entidad, solicitó la revisión eventual de la sentencia mencionada con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de referir los hechos de la demanda y la línea argumentativa de la providencia objeto de revisión, se pronunció sobre las características del mecanismo de revisión eventual de las acciones de grupo y destacó que es una herramienta de garantía de protección de la confianza legítima en la actuación de los jueces y de respeto del precedente judicial.

En el acápite denominado “La violación del precedente por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira en el caso objeto de revisión”, la Agencia explicó lo siguiente:

### **a. Existencia de un precedente judicial vinculante emanado del Consejo de Estado que ha sido vulnerado por la providencia objeto del mecanismo de revisión eventual.**

Aseguró que la sentencia objeto de la solicitud contradice la jurisprudencia coherente y consolidada del Consejo de Estado en varios temas que ameritan un pronunciamiento por el órgano de cierre sobre la aplicación de la teoría del riesgo excepcional en los casos de actos terroristas:

Se refirió a la construcción jurisprudencial del riesgo excepcional como régimen objetivo de responsabilidad y a la consolidación jurisprudencial en torno al riesgo conflicto como modalidad del riesgo excepcional.

Trajo a colación dos sentencias del Consejo de Estado de 1984 que evidencian la aparición del riesgo excepcional como título de imputación y otras providencias de la misma Corporación sobre su aplicación en el ejercicio de actividades peligrosas, así como en el uso de armas de dotación oficial, reclusos, fumigación con glifosato, conscriptos y en responsabilidad médica.

Evidenció que la pluralidad de supuestos de hecho generó diversas clasificaciones según la naturaleza del riesgo: riesgo peligro, riesgo beneficio, riesgo alea y riesgo conflicto.

La Agencia indicó que, en la sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente 16530, se hizo un recuento de las modalidades que puede adoptar el riesgo excepcional y puso de presente que, si bien allí no se hizo mención al riesgo conflicto, en las siguientes providencias sí:

Sentencia de 29 octubre de 2012, expediente 18472 en la que se hizo uso de dicha categoría para explicar aquellos casos en que *“dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades”*.

Sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 35874 en la que, según la Agencia, se reiteró la postura antes referida.

Sentencia de unificación de 19 de abril de 2012 en la que se especificaron las condiciones para la declaratoria de responsabilidad por riesgo excepcional en el marco del conflicto armado, en el entendido de que solo algunas autoridades tienen en su acervo competencial la defensa y garantía de la seguridad nacional.

Afirmó que en el caso concreto el proveído cuestionado desconoció la jurisprudencia constante y consolidada del Consejo de Estado en aplicación de esas categorías.

- ❖ Violación del precedente judicial vinculante en relación con la aplicación de la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Minas y Energía y su relación con el riesgo conflicto

Indicó que el Tribunal Administrativo de La Guajira *“construyó la responsabilidad de la entidad pública demandada a partir de una reflexión de suyo muy sencilla, dado que la titularidad del gasoducto objeto del acto terrorista le corresponde a Promigas S.A. E.S.P., y que la actividad fue desarrollada con ocasión de un contrato de concesión celebrado con el Ministerio de Minas y Energía...”*.

Manifestó la Agencia que es evidente que al Ministerio de Minas y Energía no le es imputable la responsabilidad con base en la jurisprudencia relativa al riesgo conflicto y menos en su versión “riesgo conflicto beneficio”, porque a dicha entidad no le corresponde la garantía de la seguridad y defensa nacionales, razón por la cual no está legitimada en la causa por pasiva para responder por la conducta de terceros en el marco del conflicto armado. Resaltó que el riesgo conflicto como título de imputación solo es procedente respecto de entidades públicas a las que les corresponda garantizar el orden público, según sus funciones y competencias.

El hecho de que exista un contrato de concesión entre un particular y una entidad pública no justifica la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por actos terroristas perpetrados por terceros, en atención a que no le corresponde a aquella garantizar la seguridad de los ciudadanos.

✓ En sentencia de 27 de mayo de 2010, expediente 11001-03-24-000-2006-00323-00, la Sección Primera del Consejo de Estado afirmó, en cuanto

a la legitimación en la causa por pasiva en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que la entidad llamada a participar en el proceso es la que produjo el acto sin consideración a que se le haya atribuido o no personalidad jurídica.

✓ En auto de 1 de marzo de 2016, expediente 73001-23-33-000-2013-00029-01, la Sección Primera, con ocasión de una demanda que buscaba que el Ministerio de Ambiente restableciera el derecho conculcado por la ilegalidad de un acto administrativo que expidió la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, sostuvo que esta última debía comparecer al proceso.

✓ En sentencia de la Sección Primera de 22 de octubre de 2015, expediente 63001-23-31-000-2008-00156-01, se distinguió la capacidad para concurrir a un proceso de la existencia de la personalidad jurídica, pues *“la personalidad jurídica no se erige como un atributo esencial para contraer obligaciones y comprometer la responsabilidad por parte de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función administrativa...”*.

✓ La Sección Segunda, en fallo de 4 de febrero de 2016, expediente 3772-14 dijo que la entidad llamada a participar en el proceso judicial es aquella que produjo el acto, independientemente de la persona jurídica de la que participe.

✓ En sentencia de tutela de 17 de octubre de 2013, expediente 11001-03-15-000-2013-00956-00, la Sección Primera reconoció que algunas entidades públicas, pese a carecer de personalidad jurídica pueden y deben ser llamadas a comparecer en los procesos en que tengan interés.

✓ En sentencia de 14 de marzo de 2016, expediente 37.654, la Sección Tercera declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación – Rama Judicial para condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación.

✓ A similar conclusión se arribó en el fallo de 27 de enero de 2016, expediente 44.201, ante la vinculación del Ministerio de Justicia y de la Rama Judicial, ambas participantes de la persona jurídica Nación, en un caso en que la entidad que había intervenido en los hechos era la Fuerza Aérea, que también participa de la persona jurídica Nación *“al evidenciarse que el Ministerio de Justicia y la Rama Judicial no tienen entre sus funciones la administración o manejo de estos insumos, y en este caso concreto el bien no fue puesto a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, sino entregado a la FAC, de manera que dichas entidades no tuvieron ninguna participación en los hechos que dieron origen al daño, habrá de declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta”*.

✓ En sentencia de 10 de febrero de 2016, expediente 35.341, la Sección Tercera consideró que no era dable al juez analizar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de una persona en la

medida en que la demanda se formuló contra la Nación – Policía Nacional y no contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

✓ En fallo de 27 de enero de 2016, expediente 29.323, la Sección Tercera declaró la falta de legitimación en la causa del Ministerio de Hacienda y Crédito demandado en un proceso de responsabilidad patrimonial del Estado por la voladura de un puente, porque sus funciones nada tienen que ver con ese tipo de hechos.

La Agencia consideró que, en la medida en que no se vinculó a las entidades públicas competentes –Ministerio de Defensa y Seguridad, Ejército Nacional y/o Policía Nacional- se debió, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, haber declarado la falta de legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia, denegar las pretensiones del grupo demandante.

Solicitó que el Consejo de Estado unifique su jurisprudencia en torno a la procedencia de la declaratoria de responsabilidad a los distintos ministerios por los atentados terroristas que sufra la infraestructura del país, en virtud de los contratos de concesión que hayan celebrado en aplicación de la novel teoría del “riesgo conflicto beneficio” creada por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

- ❖ Violación del precedente judicial por interpretación indebida de la teoría del riesgo excepcional en su modalidad riesgo-beneficio a partir del desconocimiento del régimen jurídico del contrato de concesión en el caso concreto

Destacó que las consecuencias de la novedosa y creativa teoría del Tribunal de La Guajira conducirían a afirmar que EPM, ISAGEN o ETB son responsables ante terceros por la voladura de una de sus instalaciones; y que, si se detona un artefacto explosivo en un hospital, la responsabilidad patrimonial recaería en el propietario de dicho centro hospitalario, porque de ahí deriva un beneficio. Esa ilógica y contradictoria teoría también llevaría a desconocer que, mientras que puede ocurrir de manera excepcional que el Estado deba responder por daños producidos por terceros, tal carga no le corresponde asumirla genéricamente a los particulares, máxime cuando su patrimonio se ve afectado por dicha conducta.

Señaló que el alcance de la unificación jurisprudencial tiene que ver con 3 aspectos centrales: la caracterización del contrato de concesión; la imposibilidad de considerar a Promigas S.A. E.S.P. como responsable en el caso concreto, siendo víctima de un atentado terrorista; y, finalmente, la indebida utilización del riesgo beneficio en el caso concreto para declarar administrativamente responsable a Promigas.

En primer lugar, la indebida caracterización del contrato de concesión resulta contradictoria con la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado (no indicó ninguna providencia), porque: de un lado, en cuanto al régimen jurídico aplicable a esos contratos y, por el otro, en atención a la

contradictoria aplicación de una condena solidaria derivada de dicha relación negocial.

A juicio de la Agencia, es evidente la contradictoria interpretación del ordenamiento jurídico que realizó el Tribunal, porque desconoció que el contrato de concesión de la Ley 80 de 1993 no es la tipología aplicable a este tipo de eventos, norma que ni siquiera existía al momento de la celebración del negocio jurídico que soportó la condena. No se analizó si del clausulado podía derivarse alguna obligación en el sentido de tener que soportar los actos terroristas de terceros y/o asumir el riesgo de resarcir a las demás víctimas que pudieren resultar de tales atentados.

Según la Agencia, debe unificarse para dar alcance a la imposibilidad –como regla de principio- de someter al concesionario a un régimen administrativo de responsabilidad en el caso de atentados terroristas contra la infraestructura esencial pública o privada.

En segundo lugar, afirmó que difícilmente puede hablarse de bienes representativos del Estado como justificativo de la aplicación del régimen de imputación de riesgo excepcional en el caso de bienes de carácter privado, pero si en aras de discusión se admitiera, la sentencia del Tribunal de La Guajira entró en una clara contradicción con la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado (no refirió ninguna sentencia).

En virtud del contrato de concesión, cualquiera que sea su régimen jurídico, el particular solo asume como propios los riesgos derivados de la ejecución del contrato que hayan sido distribuidos cuando a ello hubiere lugar; de ninguna manera se puede asumir el dolo de un tercero o el hecho de que, al realizar una actividad inherente a los fines del Estado, se convierta en blanco de actos terroristas. Tan víctima fueron los demandantes, como el propietario de la infraestructura esencial que se vio afectada.

Adujo que se confundió la titularidad de la infraestructura con la obligación de reparar a particulares por el hecho terrorista contra aquella. Ello se deriva de una indebida aplicación de los precedentes jurisprudenciales de la Sala en cuanto a la responsabilidad de los contratistas en el marco de un contrato estatal, por una parte, y de la responsabilidad de las actividades peligrosas, por otra.

En el primer caso, la jurisprudencia –que no es aplicable al caso concreto y en ello estriba un error fundamental de la providencia objeto de revisión eventual-, reconoce que, frente a los administrados, resulta irrelevante que el contratista sea un particular que se encuentre ejecutando un contrato que generó el perjuicio.

Al efecto, trajo a colación la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 5 de julio de 1988, con ponencia de Carlos Betancur Jaramillo, en la que se dijo que *“la responsabilidad de las partes en un contrato de obra pública frente a terceros es de orden legal de allí que no pueda ser objeto de convención*

*entre los contratantes. La administración en forma alguna puede ser exonerada de su responsabilidad extracontractual”.*

En el mismo sentido, según la Agencia, se pronunció dicha Sección en sentencia de 28 de abril de 2005, expediente 14178, con ponencia de Germán Rodríguez Villamizar.

Sostuvo que, de acuerdo con dicha jurisprudencia consolidada, aun cuando el contratista llegue a ser responsable, por regla general no lo es ante el particular, sino ante el Estado, ante quien deberá responder por los perjuicios sufridos por la entidad que le fueran endilgables, pero no ante los particulares con ocasión de los deberes que le competen al Estado.

Por tanto, no resultaba aplicable el título de imputación de responsabilidad del Estado por el hecho de sus contratistas, dado que el daño no se produjo por el contratista sino por un tercero en ejecución de un acto terrorista.

En tercer lugar, en cuanto a la desnaturalización de la categoría de actividad peligrosa, ligada a la de riesgo beneficio –lo que es una amalgama indebida pues se trata de regímenes distintos-, la Agencia aclaró que solo procedería la declaratoria de responsabilidad en caso de que se pudiese comprobar que el daño se produjo con ocasión de la actividad peligrosa que Promigas S.A. E.S.P. desplegaba a través del gasoducto y no por el acto terrorista.

La violación flagrante del precedente judicial vinculante se encuentra en la consideración de que el origen del daño lo desencadenó el acto terrorista y no lo constituyó el ejercicio de la actividad peligrosa.

**b. Existencia de una postura coherente y pacífica emanada de la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso Administrativos del país en temas similares al decidido en la providencia objeto del mecanismo de revisión eventual**

En este acápite, la Agencia adujo que la providencia objeto de solicitud de revisión eventual vulneró una postura constante y reiterada de diversos tribunales administrativos del país, según la cual no es posible endilgar responsabilidad extracontractual al Ministerio de Minas y Energía por los perjuicios que llegaran a producirse con ocasión de la construcción de obras públicas, de los daños producidos por actividades peligrosas o de actos terroristas en infraestructuras de hidrocarburos.

Al efecto, refirió –sin aportar- providencias de los Tribunales Administrativos de Magdalena, Cundinamarca, Nariño, Atlántico y Valle del Cauca.

Concluyó que no menos de 20 providencias anteriores de distintos tribunales, han excluido la responsabilidad del Ministerio de Minas y Energía en los casos en que los daños que se reclamaban eran producto del incumplimiento de deberes concretos en el marco de la prestación del servicio o porque se había concretado el riesgo inherente a la actividad, lo que es razonable

dadas las obligaciones que se derivan de dicha actividad, no obstante, en ningún caso se encontró responsable al particular por la actividad terrorista de un grupo al margen de la ley.

### **c. Las razones que justifican la necesaria intervención del Consejo de Estado para unificar jurisprudencia al respecto**

La consecuencia práctica de la postura contenida en la sentencia consiste en la creación de una nueva tipología de riesgo excepcional que se podría denominar riesgo-conflicto-beneficio derivado de un contrato de concesión, en virtud del cual el propietario de una infraestructura esencial –gasoducto– titular de una concesión es responsable civilmente por los perjuicios que causen los atentados terroristas contra dicha infraestructura, en la medida en que al ser bienes representativos del Estado ponen en peligro a la comunidad y al tiempo obtienen un beneficio de ello.

Alegó que si la teoría del riesgo-conflicto es de suyo paradójica y extraña como lo ha denominado la propia Sección Tercera en la sentencia de unificación de 20 de junio de 2017, expediente 18.860, esta nueva postura desconoce los mínimos postulados del derecho de daños, de la responsabilidad del Estado y contribuye a una revictimización de los afectados por los actos terroristas, puesto que una cosa es afirmar que por algún concepto de solidaridad el Estado deba responder por hechos de un tercero y otra, muy distinta, sostener que esa postura se aplica sin límites frente a particulares, que han sufrido ataques en sus bienes y/o derechos.

No existe duda en cuanto a que esta creativa postura tendrá un profundo efecto en la economía de los contratos de concesión, estén o no sometidos a la Ley 80 de 1993, se trate de concesiones de bienes, servicios o de obra pública, vigentes o futuros, en los que será menester considerar que un atentado terrorista constituye una carga del concesionario, pues deberá resarcir los perjuicios que dicho atentado genere bajo la lógica de responsabilidad objetiva, por el solo hecho de la existencia de la concesión y de la obtención de un beneficio derivado de su ejecución.

Se requiere unificación frente a la manera en que distintas entidades del Ministerio de Defensa y la Fuerza Pública en general pueden ser llamadas a un juicio de responsabilidad del Estado por actos terroristas o producidos en el marco del conflicto armado, y si pueden ser declaradas responsables bajo regímenes objetivos por hechos de terceros, respecto de actuaciones que no se enmarcan en su ámbito competencial.

Se debe unificar la jurisprudencia en torno al régimen de responsabilidad aplicable en el caso de que se vincule a un particular a un juicio de responsabilidad del Estado, en particular la posibilidad de condenar a una empresa privada bajo el discutible título de imputación de riesgo-conflicto.

Se requiere unificación en torno al concepto de bien representativo del Estado para la aplicación de la teoría del riesgo excepcional, con el fin de aclarar el

régimen aplicable en el caso de que se trate de una infraestructura privada de utilidad pública, pues bajo la lógica del Tribunal Administrativo de La Guajira, todas las empresas de los sectores económicos, esto es, servicios públicos, transporte, energía, construcción, podrían ser declaradas responsables frente a particulares en virtud de la categoría de riesgo excepcional por tratarse de actividades que podrían catalogarse riesgosas y que les generan un beneficio, en caso de que un tercero decida realizar un acto terrorista contra esos bienes. La respuesta no puede ser sino negativa.

### **2.3. Promigas S.A. E.S.P.**

El apoderado judicial de esta empresa presentó solicitud de revisión eventual de la sentencia de 25 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, en los términos que a continuación se sintetizan:

Al referirse a las “circunstancias que imponen la revisión por parte del Consejo de Estado” planteó los siguientes aspectos:

a. El Tribunal Administrativo de La Guajira, al aplicar el régimen de responsabilidad del Estado a Promigas, desconoció reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual, para determinar el régimen de responsabilidad de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se aplica el régimen de responsabilidad civil y no el de responsabilidad del Estado.

b. Al declararse la responsabilidad de Promigas con base en los títulos de imputación de riesgo conflicto y riesgo beneficio, propios de la responsabilidad estatal, se desconoció jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado en la que es claro que aquéllos solo son aplicables a autoridades públicas. Además, *“los supuestos fácticos y jurídicos dentro de los cuales son procedentes, no se encuadran a los que planteó el litigio que resolvió de forma desafortunada dicho Tribunal”*.

c. Se desconoció reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado referida a los criterios para tener por satisfechos los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad, al descartarse la causa extraña por el hecho de un tercero y por el hecho de la víctima.

d. El análisis probatorio efectuado por el Tribunal Administrativo de La Guajira fue aislado e inadecuado y desconoció la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, según la cual la apreciación de los medios de prueba debe realizarse de manera conjunta y siguiendo las reglas de la sana crítica.

e. No existe una posición consolidada en el Consejo de Estado *“sobre la solidaridad y la subrogación puedan constituir la relación legal exigida para que un demandado llame en garantía a un coautor del daño extracontractual que no fue demandado, lo cual amerita su unificación en decisión de esta solicitud de revisión eventual”*.

f. Al descartarse el análisis sobre la responsabilidad que le cabía al Ejército Nacional por ser coautor del daño, se desconoció la línea jurisprudencial del Consejo de Estado de acuerdo con la cual, era procedente declarar dicha responsabilidad en aplicación del título de imputación del riesgo conflicto.

A continuación, Promigas se ocupó detalladamente de la **sustentación** en los términos que a continuación se resumen:

A. La sentencia de 25 de mayo de 2017 contraría el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Sostuvo que el hecho de que se le apliquen los títulos de imputación propios del Estado a un particular, como Promigas, es una violación a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual de empresas de servicios públicos domiciliarios.

Se refirió a (i) la diferencia entre función pública y función administrativa; (ii) la diferencia entre función pública y servicio público a la luz de la Constitución Política de 1991; y (iii) al régimen de responsabilidad de los particulares, para señalar que, aun cuando de la controversia litigiosa conozca el juez contencioso administrativo, por fuero de atracción, debe ser el propio de su naturaleza privada, es decir, el régimen de responsabilidad del derecho privado.

Afirmó que *“para concretar el reproche que se hace a la sentencia del 25 de mayo de 2017, se precisa que bien ha sido advertido por la Jurisprudencia que el hecho de que la Jurisdicción Contencioso Administrativa sea competente para conocer de controversias en las que se analice la eventual responsabilidad de un particular –por fuero de atracción-, no quiere decir que a este particular se le analicen sus cargos en atención a la responsabilidad que le es propia al Estado, pues el régimen de imputación que debe aplicarse a un particular ha sido bien delimitado y desarrollado por el Legislador colombiano –Ley 142 de 1994, artículo 32-, inclusive cuando el juez de conocimiento es el Contencioso Administrativo”.*

Al efecto, mencionó las siguientes providencias dictadas por la Sección Tercera:

✓ Sentencia de 17 de febrero de 2005, expediente 5001-23-31-000-2003-00277-01 (27673): según Promigas en este fallo se argumentó que las actividades liberalizadas debían regirse por las normas de la libre competencia, así como que la prestación de servicios públicos domiciliarios no es función administrativa, ni siquiera función pública.

✓ Auto de 30 de marzo de 2006, expediente 26930: de acuerdo con Promigas en esta providencia el Consejo de Estado consideró que en los casos en que se juzga la responsabilidad extracontractual de una empresa

de servicios públicos domiciliarios, el juez natural es el de la jurisdicción ordinaria.

✓ Sentencia de 2 de agosto de 2006, expediente 30731: aseguró Promigas que, en esta decisión, el Consejo de Estado señaló que los asuntos que versen sobre un hecho de una empresa de servicios públicos que produjo un daño no son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino de la ordinaria.

✓ Sentencia de 25 de octubre de 2006, expediente 29885: según Promigas, en esta providencia el Consejo de Estado estableció que, cuando se demanda por responsabilidad extracontractual a una empresa de servicios públicos domiciliarios por el ejercicio de actividades propias de la generación del servicio, su comercialización o distribución, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria al no ser catalogadas dichas actividades como función administrativa.

✓ Sentencia de 5 de diciembre de 2016 dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 38806: según Promigas en este fallo, el Consejo de Estado, al estudiar la responsabilidad extracontractual de una empresa de servicios públicos domiciliarios, señaló que debía someterse al derecho privado, esto es, de acuerdo con los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

B. La sentencia de 25 de mayo de 2017 contraría el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado para que se dé aplicación al riesgo conflicto y riesgo beneficio.

En este acápite, Promigas expuso los siguientes argumentos:

(i) Precedente indebidamente interpretado que sirvió de base para concluir que podían aplicarse los títulos de imputación propios de la responsabilidad del Estado a Promigas (riesgo conflicto y riesgo beneficio):

Indicó Promigas que el Tribunal entendió que como la actividad o servicio fue cedido por el Ministerio de Minas y Energía a dicha empresa, le es aplicable la responsabilidad del Estado, en la medida en que la actividad que despliega es de carácter público.

A juicio de Promigas, la interpretación fue desacertada porque las sentencias en las que se basó el Tribunal no resuelven el mismo problema jurídico del presente asunto, es decir, la responsabilidad aplicable al particular que celebra un contrato con el Estado sino que están relacionadas únicamente con la responsabilidad que pueda predicarse del Estado por el hecho de sus contratistas en la ejecución de los contratos de obra pública.

En este caso, el problema jurídico podía formularse así: *“¿es predicable responsabilidad alguna en cabeza de un contratista del Estado (PROMIGAS) por los actos terroristas de un grupo subversivo (FARC)?.”*

En consecuencia, de acuerdo con Promigas, el Tribunal carecía de justificación para aplicarle el régimen de responsabilidad estatal y, por ende, los títulos de imputación de riesgo conflicto y riesgo beneficio, cuando debió aplicar el régimen de responsabilidad civil, en particular, el de actividades peligrosas consagrado en el artículo 2356 del Código Civil, según el cual, no era atribuible responsabilidad en tanto no es posible sostener que los actos terroristas son riesgos inherentes a la actividad peligrosa desplegada por dicha empresa.

Concluyó en este punto que es necesario que el Consejo de Estado *“unifique la jurisprudencia en torno al verdadero alcance que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe dar a la jurisprudencia fijada por el Consejo de Estado, en lo relativo a la responsabilidad que cabe al Estado por el hecho de sus contratistas. Siendo necesario que en dicho pronunciamiento precise si ese precedente, como lo sugiere el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, permite entender que a las personas jurídicas del derecho privado, contratistas del Estado, les es aplicable el régimen de responsabilidad del Estado”.*

(ii) Precedente jurisprudencial desconocido por el Tribunal Administrativo de La Guajira que permite concluir que a un particular no le son aplicables los títulos de imputación del riesgo conflicto y riesgo beneficio, propios de la responsabilidad del Estado:

Sostuvo Promigas que, aun en el remoto evento en que se considere que sí era posible aplicarle el régimen de responsabilidad del Estado, dichos títulos de imputación no son aplicables a un particular, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

En cuanto al riesgo conflicto, está restringido a los eventos en que se ocasionan daños a la población civil con motivo del conflicto armado interno entre el Estado y grupos insurgentes, con una particularidad adicional: siempre que el demandado sea el Estado colombiano y por tanto, en casi todos los eventos el condenado es el Ministerio de Defensa.

Por consiguiente, indicó Promigas, dicho título no le es aplicable pues *“no hace parte del Estado, no personifica al Estado colombiano como uno de los actores del conflicto armado interno colombiano y, por tanto, no puede hacerse responsable de la materialización de los riesgos que el conflicto, del cual no es partícipe, entraña”.*

Agregó que no ha sido victimaria sino víctima, en primer lugar, cuando padeció los perjuicios ocasionados con la voladura del gasoducto y, en segundo lugar, con la condena impuesta por el Tribunal.

Aseguró que el Tribunal aplicó indebidamente la sentencia de 29 de octubre de 2012 del Consejo de Estado.

Indicó que es una empresa de derecho privado que presta servicios públicos domiciliarios y que el Estado no tenía ningún tipo de participación en dicha sociedad para la fecha del atentado terrorista. Por tanto, sus actuaciones debían ser juzgadas de conformidad con las normas del Código Civil y no bajo los títulos de imputación para juzgar el Estado.

Manifestó que la sentencia de 29 de octubre de 2012 se ocupa de un asunto muy diferente, puesto que se trataba de un bien del Estado, en la medida en que el atentado terrorista se produjo en un poliducto perteneciente a Ecopetrol, sociedad con participación estatal mayoritaria. En consecuencia, sí era aplicable el estudio de responsabilidad bajo los títulos de la responsabilidad aquiliana estatal, pues allí se estaba juzgando al Estado.

En el presente caso, según Promigas, no era posible analizar su conducta a partir del régimen del riesgo excepcional.

Agregó que, aunque se considere que el gasoducto es un elemento representativo del Estado, ello no convierte a Promigas en autoridad pública porque sigue siendo una persona de derecho privado y no le es extensible la aplicación de los regímenes de responsabilidad estatal en tanto el artículo 90 constitucional adoptó un criterio orgánico y no funcional o material.

Seguidamente Promigas se refirió al riesgo beneficio que también sustentó la decisión del Tribunal y afirmó que los presupuestos fácticos y jurídicos para su aplicación fueron desconocidos por dicha autoridad judicial.

Indicó que, según el Consejo de Estado, en este título el énfasis recae no en el peligro creado por el Estado sino en el provecho que este o la comunidad reciben como consecuencia de la actividad riesgosa, lo que puede ocurrir (a) en relación con colaboradores permanentes de la administración, como los miembros de la fuerza pública, en los cuales proceda el reconocimiento de indemnizaciones más allá de las predeterminadas por la ley o (b) respecto de colaboradores ocasionales como cuando se ocasionan daños a particulares que prestan el servicio de transporte benévolo o forzoso a agentes del Estado. (Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente 16530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

Expuso que, si bien Promigas desplegaba una actividad peligrosa (transporte y conducción de gas), semejante al régimen de riesgo peligro, no encuadra en los supuestos señalados por el Consejo de Estado para la aplicación de la responsabilidad por riesgo beneficio porque (a) no se trata de una entidad estatal y (b) en el contexto en el que ocurrió el suceso dañoso no se encuadra en ninguna de las hipótesis señaladas por la jurisprudencia.

En consecuencia, Promigas estima que debe unificarse jurisprudencia respecto a los siguientes interrogantes:

- ¿Puede aplicarse a una persona jurídica del derecho privado el título de imputación del riesgo excepcional, propio de la responsabilidad del Estado, en su doble dimensión de riesgo conflicto y riesgo beneficio?
- ¿Puede aplicarse a una empresa de servicios públicos domiciliarios, de naturaleza privada, en razón de la actividad que despliega, el título de imputación de riesgo beneficio, propio de la responsabilidad del Estado?
- ¿Cuál es el ámbito de aplicación del título de imputación del riesgo conflicto? ¿Puede aplicarse a una empresa de naturaleza privada, que en modo alguno hace parte integrante de la estructura del Estado?
- ¿La infraestructura que una entidad particular construye y administra, a efectos de cumplir con los contratos de concesión celebrados con el Estado, hace parte de un elemento representativo del Estado?

C. Desconocimiento de jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre la imprevisibilidad y la irresistibilidad como elementos de la causa extraña – hecho exclusivo de un tercero, representado en (i) el atentado terrorista de las Farc y (ii) la omisión del municipio de Riohacha en el cumplimiento de sus deberes y funciones en relación con el ordenamiento territorial

Manifestó Promigas que la imprevisibilidad no es sinónimo de inimaginable, ni de aquello respecto de lo cual no existe ninguna probabilidad real de ocurrencia.

Luego de reseñar pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la imprevisibilidad, destacó que ha considerado que la sola alteración del orden público en una zona o la ocurrencia de atentados terroristas en el pasado no derivan inexorablemente en la previsibilidad de cualquier atentado terrorista en la zona, pues siempre debe observarse si las circunstancias que rodearon el atentado daban a entender que era esperable.

Sin embargo, el Tribunal concluyó que el atentado era terrorista a partir de la “conmoción de orden público” y la ocurrencia de dos atentados al gasoducto en el pasado y *“no hizo el análisis de las particularidades y optó por la vía fácil de imputar responsabilidad a PROMIGAS ante los supuestos problemas de orden público y los “antecedentes” de ataques”*.

Frente a la irresistibilidad, Promigas trajo a colación varias sentencias del Consejo de Estado y sostuvo que se ha entendido como la posibilidad humana y razonable de impedir los efectos del evento dañoso. Es decir, la imposibilidad de evitar el daño, no una simple dificultad.

Añadió Promigas que la sentencia objeto de la solicitud de revisión desconoció la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado al decidir negativamente las excepciones de causa extraña por el atentado terrorista y por la culpa de las autoridades municipales, con lo que, a su juicio, se configura la causal prevista en el numeral 2 del artículo 273 del CPACA. Al efecto expuso los siguientes argumentos:

1. Contradicción de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, al negar el *ad quem* la excepción de “causa extraña – i) el atentado terrorista”:

Según el Tribunal, el atentado era previsible en atención a que la situación de orden público y la ocurrencia de dos atentados previos a la infraestructura de Promigas hacían posible la ocurrencia del ataque del 21 de octubre de 2001 y, por tanto, podía haber adoptado las medidas para evitarlo, consistentes en vigilancia permanente.

Manifestó que el hecho de que hubiesen ocurrido dos atentados previos en unos tubos de San Juan del Cesar y de Luruaco y que la situación de orden público no fuera la mejor, no significa que fuera previsible el atentado terrorista en el sector de El Patrón, ni específicamente en la válvula ubicada en el kilómetro 27 + 396.

Adujo que el Tribunal tergiversó el requisito de la imprevisibilidad y lo asoció a que existieran posibilidades de ocurrencia del evento, con base en dos circunstancias que no fueron demostradas en el proceso, lo que lo llevó a adoptar una decisión equivocada.

Además, en su criterio, el Tribunal contradijo la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre que la sola alteración del orden público en una zona o la mera ocurrencia de atentados terroristas en el pasado, no derivan inexorablemente en la previsibilidad de cualquier atentado en la zona.

En cuanto a la irresistibilidad, Promigas aseguró que la vigilancia permanente del gasoducto Ballenas – Barranquilla, cuya extensión es de 280 km, no era una medida razonable y humana para evitar el atentado terrorista en cuestión.

*Agregó que “la válvula ubicada en el km27 + 396 estaba en un lugar cerrado, debidamente protegida por una malla alrededor de ella, que solo permitía el ingreso del personal autorizado por PROMIGAS. Si a ello se le suma (i) que varios residentes de la zona de El Patrón declararon en el proceso que no había presencia de grupos armados al margen de la ley en la zona, así como que no conocían amenazas en contra del Gasoducto, y (ii) que el señor José Alberto Ussa Hurtado, quien manejaba los asuntos de seguridad física de PROMIGAS, atestiguó en el proceso no haber conocido de ninguna amenaza de atentado terrorista en contra del Gasoducto, y que la válvula ubicada en el km 27 +396 no era un punto crítico, surgen dos conclusiones: la primera es que no había elementos que dieran a entender que el atentado se iba a presentar, y la segunda es que la vigilancia PERMANENTE exigida por el ad quem comporta una medida absolutamente sobrehumana e irracional”.*

Sostuvo que en este se configura la irresistibilidad porque Promigas estuvo completamente impedida para evitar el atentado terrorista y sus efectos, dado su carácter súbito o porque pese a las medidas implementadas por la compañía no fue posible evitar la conflagración.

Indicó además, que se demostró el correcto funcionamiento del gasoducto así como que la causa de la explosión no fue una falla de mantenimiento o utilización de la infraestructura de Promigas, sino producto del atentado de una organización terrorista.

Concluyó que, pese a la configuración del hecho exclusivo de un tercero que rompía el nexo de causalidad e impedía atribuir responsabilidad a Promigas, el Tribunal condenó a la compañía al entender equivocadamente los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad como los ha delineado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Dijo, adicionalmente, que dentro de la esfera de deberes de Promigas no está contrarrestar acciones terroristas o asumir las consecuencias dañosas derivadas de ataques de grupos armados ilegales, pues su objeto social es otro.

Solicitó la unificación de jurisprudencia en los términos expuestos y, conforme el numeral 6 del artículo 274 del CPACA, invalidar la sentencia de 25 de mayo de 2017 en lo atinente a denegar la excepción de causa extraña para declararla probada.

2. Contradicción de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, al negar el *ad quem* la excepción de “causa extraña – iii) culpa de las autoridades municipales”:

De acuerdo con Promigas, el Tribunal desconoció la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre la imprevisibilidad y la irresistibilidad como elementos de la causa extraña.

D. Desconocimiento de jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre la apreciación en conjunto de las pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo cual condujo al Tribunal a negar la excepción de “causa extraña – i) el atentado terrorista”:

Adujo Promigas que es pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la valoración que debe hacer el fallador de las pruebas, esto es, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y buscando las concordancias y divergencias entre ellas, es decir, en su conjunto.

Luego de referir varias providencias del Consejo de Estado, sostuvo que el Tribunal se alejó de dicha jurisprudencia al decidir que el actuar delincuenciales de las FARC, consistente en el atentado terrorista del 21 de octubre de 2001, no constituía causa extraña para Promigas.

La mencionada empresa afirmó que el Tribunal consideró demostrado que Promigas podía suponer que las instalaciones del gasoducto Ballenas – Barranquilla serían blanco de atentados terroristas con base en 4 circunstancias respecto de las cuales detalladamente indicó las pruebas a su

juicio indebidamente valoradas: a) parte del ducto ya había sido objeto de ataques en el pasado a la altura de los municipios de San Juan del Cesar y Luruaco, puntualmente en el corregimiento Arroyo de piedra; b) la conmoción de orden público para la época del insuceso; c) era un punto sensible del ducto que ameritaba protección y vigilancia permanente; y d) el “vigilante de la válvula” testificó en el proceso que fue alertado de la posibilidad de un atentado.

E. Desconocimiento de jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre los requisitos para que la culpa de las víctimas configure una causa extraña:

Según Promigas, las elucubraciones sobre la imprevisibilidad e irresistibilidad del fenómeno poblacional realizadas por el Tribunal, se oponen a los lineamientos que ha fijado reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado para el hecho exclusivo de la víctima.

Aseguró que, de haberlo hecho, el *ad quem* habría concluido que la ubicación de los negocios y viviendas de las víctimas alrededor del gasoducto comporta una conducta culposa que tuvo incidencia causal en los daños, al punto que sin esa circunstancia, los daños no se habrían producido, por lo que Promigas debía ser exonerada de responsabilidad.

Advirtió que el gasoducto fue construido en 1976 cuando los terrenos eran baldíos y las construcciones levantadas en la zona de servidumbre –sin intervención de Promigas- constituyen culpa determinante de los daños cuyo resarcimiento se pretende en la acción de grupo.

F. No existe una posición consolidada por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre que la solidaridad y la subrogación puede constituir la relación legal exigida para que un demandado llame en garantía a un coautor del daño extracontractual que no fue demandado:

Adujo Promigas que en la jurisprudencia del Consejo de Estado existen sentencias –no indicó cuáles- con diferente criterio sobre la posibilidad de que un demandado llame en garantía a un coautor del daño extracontractual que no fue demandado, invocando la solidaridad prevista en los artículos 2344 y 1579 del Código Civil, de lo cual se sigue que si el demandado paga a la víctima, se subroga en los derechos de esta frente a los demás responsables (art. 1666 y 1668 del Código Civil), según su cuota en la deuda, esto es, el grado de responsabilidad.

Agregó que, aun si se considera que la posición consolidada por estar en un mayor número de sentencias, es que no es posible el llamamiento en garantía con base en la solidaridad entre coautores de un daño extracontractual, se adecúa al caso la causal de que el tema “...hubiere merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera que resulte indispensable fijar una posición unificadora...”.

G. La sentencia de 25 de mayo de 2017 contraría la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia del análisis de la responsabilidad del Ejército Nacional por el riesgo conflicto. El llamado en garantía debió ser condenado:

De acuerdo con Promigas, el Tribunal desacató el precedente del Consejo de Estado en el análisis de la responsabilidad del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, como llamado en garantía, pues si aquella fue condenada, este debió ser igualmente condenado a título de riesgo conflicto por ser la entidad inmersa en el conflicto armado y, por ende, llamada a responder en tanto tenía el deber de adelantar acciones preventivas y correctivas dirigidas a contrarrestar las agresiones que pusieron en peligro los derechos y bienes de las personas afectadas. Al efecto, refirió varias providencias judiciales del Consejo de Estado, Sección Tercera:

✓ Sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 35.874, en la que según Promigas, se exaltó el deber que tienen las autoridades de Policía y Ejército Nacional de proteger a los habitantes del territorio en el marco del conflicto armado, porque los riesgos de que se produzcan graves violaciones de derechos humanos son ampliamente conocidos y tutelados por el orden jurídico internacional.

✓ Sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 30.181, en la cual, de acuerdo con Promigas, se resaltó el deber que tiene el Ejército Nacional de intervenir, proactivamente, en el apoyo requerido por las diferentes autoridades o agentes del Estado, cuando exista un peligro para la población civil.

✓ Sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 37.072, en la que, según Promigas, se indicó que dentro de los casos cobijados por el análisis del título de imputación de riesgo conflicto, el daño antijurídico es imputable a la Administración Pública –Policía y Ejército- porque en dichas situaciones el daño está dirigido contra un objetivo claramente identificable como Estado, en el marco del conflicto armado interno que conlleva a la materialización de un riesgo de naturaleza excepcional.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Generalidades del mecanismo de revisión eventual

El artículo 11 de la Ley 1285 de 2009<sup>2</sup> “*por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*” estableció el mecanismo

---

<sup>2</sup> “**ARTICULO 11. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo 36A, que formará parte del Capítulo Relativo (sic) a la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual tendrá el siguiente texto: “Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la**

de la revisión eventual de los pronunciamientos que disponen la finalización o el archivo de los procesos sobre acciones populares y de grupo.

De esta disposición se extraen los presupuestos para la procedencia del mecanismo de revisión eventual de providencias judiciales, los cuales fueron precisados por la Sala Plena de esta Corporación en providencia de 14 de julio de 2009<sup>3</sup>.

Como lo señaló la Sala Plena en la providencia de 14 de julio de 2009, la sustentación de la petición de revisión será examinada y apreciada sin mayor rigorismo.

Desde esta perspectiva, la Sala Plena, en la providencia citada estableció, en ausencia de desarrollo legal, algunos **eventos en los que puede ser necesario unificar la jurisprudencia a través del mecanismo de revisión eventual**, así:

- *uando uno o varios de los temas contenidos en la providencia respectiva hubiere merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera que resulte indispensable fijar una posición unificadora;* C
- *uando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, por la ausencia de claridad de las disposiciones normativas en las que se funda o por un vacío en la legislación, sean susceptibles de confusión o involucren disposiciones respecto de las cuales quepan diferentes formas de aplicación o interpretación;* C
- *uando sobre uno o varios de los temas de la providencia no hubiere una posición consolidada por parte de la jurisprudencia de esta Corporación.* C
- *uando uno o varios de los temas de la providencia no hubieren sido objeto de desarrollos jurisprudenciales, por parte del Consejo de Estado.* C

Posteriormente, la Ley 1437 de 2011 reguló este mecanismo en los artículos 272, 273 y 274 que reprodujeron los postulados fijados por el Consejo de Estado en el auto del 2009 y **agregó** a los supuestos de selección, que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia al interpretar el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, los siguientes:

---

**regulación de los recursos extraordinarios.** <Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> *En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia”.*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 14 de julio de 2009, Exp. AG-2007-00244-01 (IJ) C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

*“1. Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada por los tribunales.*

*2. Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencias de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta corporación”.*

Ahora bien, como la finalidad de la revisión es la unificación de la jurisprudencia, no es posible que aquella sea utilizada como una instancia adicional dentro del trámite de las acciones populares o de grupo. Por lo tanto, se descarta la posibilidad de exponer razones de inconformidad con la providencia o replantear el tema de fondo discutido y definido en las instancias.

## **2. Presupuestos procesales**

Conforme a las consideraciones expuestas y tal como se estableció en el auto del 14 de marzo de 2019, la Sala concluyó que en el asunto sometido a su consideración se cumplen los requisitos que el CPACA<sup>4</sup> previó para la solicitud de revisión eventual y por tanto, el fallo de 25 de mayo de 2018 proferido por el Tribunal Administrativo de La Guajira fue seleccionado para revisión. Veamos:

### **2.1. Competencia**

La Sala es competente para revisar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira el 25 de mayo de 2017, con fundamento en el Acuerdo No. 117 del 12 de octubre de 2010 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que adicionó un párrafo al artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999<sup>5</sup> y dispuso que el conocimiento de la revisión corresponde a la Sala Plena, a través de las salas especiales de decisión del Consejo de Estado<sup>6</sup>.

### **2.2. Oportunidad**

---

<sup>4</sup> Codificación aplicable, toda vez que las solicitudes se presentaron en vigencia de este código.

<sup>5</sup> Modificado por el artículo 1° del Acuerdo No. 55 de 2003 y compilado en el Acuerdo 080 de 2019.

<sup>6</sup> **“Adiciónase al artículo 13 del Acuerdo número 58 de 1999, modificado por el artículo 1o del Acuerdo número 55 de 2003, por el cual se expidió el Reglamento Interno del Consejo de Estado, el siguiente párrafo: **Parágrafo.** De la selección para su eventual revisión de las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del proceso en las acciones populares o de grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancias conocerán todas las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sin atender a su especialidad, previo reparto efectuado por el Presidente de la Corporación. Seleccionado el asunto para su revisión, la Sala Plena de lo Contencioso decidirá sobre la misma. De la insistencia de que trata la parte final del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 conocerá la misma Sección que resolvió sobre su no selección, a menos que a petición de cualquier Consejero la Sala Plena de lo Contencioso decida resolverla (...)**”.

La solicitud de revisión eventual fue presentada dentro del plazo indicado en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009<sup>7</sup> puesto que la sentencia recurrida, del 25 de mayo de 2017, fue objeto de solicitudes de adición y aclaración, las que fueron negadas por el Tribunal Administrativo de La Guajira mediante providencia de 22 de julio de 2017, que fue notificada por estado del día siguiente -23-, de modo que aquél quedó ejecutoriado el 29 de ese mismo mes y año, por tanto, las partes tenían hasta el 12 de julio de 2017 para solicitar la revisión eventual.

Según consta en el expediente, las solicitudes se presentaron así: la Agencia, el 6 de julio de 2017; y Promigas y el Ministerio de Minas y Energía el 7 de julio de ese mismo año, de forma que puede concluirse, sin lugar a dudas, que fueron presentadas oportunamente<sup>8</sup>.

### 2.3. Legitimación:

Las solicitudes de revisión eventual elevadas por Promigas y el Ministerio de Minas y Energía cumplen con el presupuesto de legitimación que exige el artículo 273 del CPACA, en tanto fueron demandadas en la acción de grupo que originó la sentencia cuya revisión se solicita.

Ahora bien, para la Sala, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado también está legitimada en el presente trámite, por las razones que pasan a explicarse.

Si bien el artículo 273 del CPACA únicamente señala que la revisión eventual procederá a petición de parte o del Ministerio Público, calidades que no ostenta la Agencia, lo cierto es que las funciones que a esta entidad le corresponden, la habilitan para formular la solicitud en cuestión.

En efecto, la Agencia, creada mediante la Ley 1444 de 1º de noviembre de 2011, tiene como objetivo *“la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la **defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación**, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa.”*<sup>9</sup> (Negrilla añadida).

---

<sup>7</sup> “La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella”.

<sup>8</sup> Folio 174 del cuaderno de antecedentes.

<sup>9</sup> Párrafo del artículo 5 de la Ley 1444 de 2011.

Uno de los intereses litigiosos<sup>10</sup> de la Nación se materializa cuando esté comprometida una entidad de la Administración Pública del orden nacional por ser parte en un proceso, como en este caso, el Ministerio de Minas y Energía.

Para la defensa jurídica de dichos intereses, la Agencia está facultada entre otras, para adelantar todas las actividades relacionadas, con “(iv) la participación en procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir; (...)”.<sup>11</sup>

En ese orden, puede “i) Asumir, en calidad de demandante, interviniente, apoderado o agente y en **cualquier otra condición que prevea la ley**, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, y actuar como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación, de acuerdo con la relevancia y los siguientes criterios: la cuantía de las pretensiones, el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda; el número de procesos similares; la reiteración de los fundamentos tácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; la materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación de un precedente de jurisprudencia; (...)”.<sup>12</sup> (Negrilla fuera del texto original).

De otra parte, es pertinente poner de presente que el mecanismo de revisión eventual fue previsto con anterioridad a la creación de la Agencia. En efecto, aquel fue consagrado en las Leyes 1285 de 22 de enero de 2009 y 1437 de 18 de enero de 2011, mientras que la Agencia fue instituida mediante la Ley 1444 de 1º de noviembre de 2011.

Por ende, cuando el mecanismo en cuestión emergió en nuestro ordenamiento jurídico la Agencia no existía y, desde luego, el legislador no podía habilitarla de manera expresa para presentar solicitudes de revisión eventual.

Ahora, si bien el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, fue expedido cuando la Agencia ya había sido creada, lo cierto es que esas normas –artículos 610 y siguientes-, no contienen un listado de los procesos en los cuales la entidad mencionada puede intervenir. Es decir, no puede afirmarse que el legislador de manera deliberada decidió excluir el mecanismo de revisión eventual de los asuntos en los cuales la Agencia puede participar, porque dicho código señaló:

*“En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, podrá actuar en cualquier estado del proceso, en los siguientes eventos:*

*1. Como interviniente, en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado.*

---

<sup>10</sup> Señalados en el parágrafo del artículo 2 del Decreto 4085 de 2011.

<sup>11</sup> Artículo 3 del Decreto 4085 de 2011.

<sup>12</sup> Numeral 3º del artículo 6 del Decreto 4085 de 2011.

2. Como apoderada judicial de entidades públicas, facultada, incluso, para demandar.”

En ese orden, es claro para la Sala que la Agencia está legitimada para presentar solicitudes de revisión eventual cuando se advierta la necesidad de proteger intereses litigiosos de la Nación, como ocurre en el presente caso.

#### **2.4. Clase de providencia susceptible de revisión eventual**

El artículo 273 de la Ley 1437 de 2011 establece el tipo de providencias sobre las cuales el Consejo de Estado puede pronunciarse bajo la figura de la revisión eventual.

*La revisión eventual procederá (...), 'contra las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante el Consejo de Estado (...).*

Del artículo citado se desprenden las siguientes reglas sobre la naturaleza de la providencia a revisar:

1. Que se trate de acciones de grupo o populares.
2. Que archive o ponga fin al proceso.
3. Que sea proferida por tribunal de lo contencioso administrativo en segunda instancia.
4. Que no sea susceptible de recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

La sentencia de 25 de mayo de 2017 fue proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de La Guajira, puso fin a la acción de grupo promovida por Luis Carlos Martínez Celedón y no es susceptible de recurso de apelación, razones por las cuales se trata de una sentencia que puede ser objeto de revisión.

#### **2.5. La sustentación:**

El numeral 2º del artículo 274 del CPACA exige como requisito indispensable que el interesado, a través de la solicitud, exponga de manera razonada las circunstancias que imponen la revisión de la providencia<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> La Sala Plena, en la providencia de 14 de julio de 2009, señaló que la sustentación de la petición de revisión -que en lo posible será examinada y apreciada sin mayor rigorismo-, deberá presentarse y estructurarse con arreglo a las siguientes orientaciones: a) *Se deberán precisar o identificar los aspectos o materias que, según el interesado, ameritan la revisión de la providencia correspondiente, con la finalidad de unificar jurisprudencia.* b) *Lo anterior no supone, de manera ineludible, la necesidad de que el interesado deba expresar o listar, de manera detallada, exhaustiva o absoluta, las normas o posiciones jurisprudencialmente diversas en las cuales se origina la invocada contradicción jurisprudencial o la necesidad de la pretendida unificación.* y c) *Con todo, comoquiera que la sustentación no se rige bajo los*

2. *En la petición deberá hacerse una exposición razonada sobre las circunstancias que imponen la revisión, y acompañarse a la misma copia de las providencias relacionadas con la solicitud.*

Como se evidencia en el acápite de antecedentes, las solicitudes elevadas por la Agencia, el Ministerio de Minas y Energía y Promigas, fueron ampliamente sustentadas por lo que se procederá al estudio de fondo.

Es de resaltar que el deber de los solicitantes de sustentar no implica que deban indicar de manera detallada y precisa las normas o posiciones jurisprudencialmente diversas que motivan la pretendida unificación. En ese orden, los argumentos expuestos por la Agencia, el Ministerio del Interior y Promigas, no marcarán ni delimitarán la competencia de la Sala respecto de las materias que sean susceptibles de ser revisadas.

### **3. Presupuestos sustanciales**

#### **3.1. Causales de revisión eventual**

En Auto de 14 de marzo de 2019 la Sección Quinta seleccionó para revisión el presente asunto con base en dos causales a saber: 1) ***Cuando la providencia objeto de la solicitud presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales.*** Y 2) ***Cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, por la ausencia de claridad de las disposiciones normativas en las que se funda o por un vacío en la legislación, sean susceptibles de confusión o involucren disposiciones respecto de las cuales quepan diferentes formas de aplicación o interpretación.*** La primera contenida en el artículo 273 del CPACA y la segunda extraída del auto del 14 de julio de 2009.

Por esa razón, se descarta el estudio de los demás cargos planteados en las solicitudes de revisión como se explicó en el auto de 14 de marzo de 2019.

#### **3.2. Propósito de reiteración**

La importancia de reiterar en materia de responsabilidad extracontractual por riesgo conflicto se deriva de la constatación de la forma inadecuada en que la se está dando aplicación de la jurisprudencia que, en esta materia, ha proferido la Corporación. Como puede verse en el Auto de selección, la figura de la responsabilidad objetiva derivada de la teoría del riesgo conflicto ha derivado en diversas interpretaciones contradictorias entre sí frente a casos similares. Lo anterior fue evidenciado en el auto así:

---

*mismos parámetros que se exigen para la procedencia de cualquier recurso, los aspectos o temas que indique el interesado no marcarán ni delimitarán la competencia del Consejo de Estado para encontrar otras materias que a su vez sean susceptibles de ser revisadas.*

“El Ministerio de Minas y Energía se refirió a la sentencia de segunda instancia de **10 de diciembre de 2014** del Tribunal Administrativo de La Guajira – Sala Primera de Decisión<sup>14</sup> que, con ocasión de los mismos presupuestos fácticos, fue proferida dentro de un proceso de **reparación directa** promovido por Mingo Castro Jarariyu y otros, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ejército Nacional, el DAS y Promigas.

Observa la Sala que en dicho fallo: (i) se revocó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Riohacha de 10 de febrero de 2012 que había negado las pretensiones de la demanda; (ii) se declaró probada la excepción de causa extraña –hecho de un tercero- frente a Promigas, (iii) se declararon no probadas las demás excepciones propuestas por las accionadas; (iv) se declaró que a los Ministerios de Interior y Minas y Energía no les asiste responsabilidad patrimonial en el asunto; (v) se declaró administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ejército Nacional y al DAS en liquidación “por la conducta omisiva que permitió la producción de los actos terroristas realizados por el Frente 59 de las FARC, perteneciente al Bloque Caribe, el día 21 de octubre de 2001, en los cuales perdieron la vida la señora DOLORES CASTRO EPIAYU y los menores HEIDA MICAELA MARTÍNEZ CASTRO, ANDRÉS FELIPE MARTÍNEZ CASTRO, MARÍA DE LAS MERCEDES MARTÍNEZ CASTRO y DASMIS LORENA MARTÍNEZ CASTRO”; (vi) se emitieron las condenas respectivas; y (vii) se negaron las pretensiones contenidas en el llamamiento en garantía instaurado por Promigas contra el municipio de Riohacha.

De otra parte, la sentencia objeto de la presente solicitud fue dictada el **25 de mayo de 2017** por el mismo Tribunal Administrativo de La Guajira<sup>15</sup>, en el marco de una **acción de grupo**, promovida contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía y Promigas con el propósito de obtener la reparación de los perjuicios padecidos por los actores con ocasión del mismo hecho, esto es, la explosión del gasoducto Ballenas – Barranquilla ocurrida el 21 de octubre de 2001.

En ella (i) se declaró fundado el impedimento manifestado por la magistrada María del Pilar Veloza Parra; (ii) se modificó el numeral 2º de la sentencia de primera instancia referido a las condenas impuestas a Promigas y a la Nación – Ministerio de Minas y Energía; y (iii) confirmó en sus demás apartes la sentencia recurrida que declaró la responsabilidad de las entidades demandadas.

Se advierten entonces, diferencias interpretativas en los dos fallos emitidos por la misma corporación judicial, frente a las pretensiones indemnizatorias formuladas por los mismos hechos.

En efecto, en una providencia, el mismo Tribunal exoneró de

---

<sup>14</sup> Integrada por los magistrados Nadia Patricia Benítez Vega, María del Pilar Veloza Parra y César Augusto Torres Ormazá.

<sup>15</sup> La providencia no indica la Sala de Decisión y fue suscrita por la magistrada Carmen Dalis Argote Solano y el conjuer Miguel Andrés Fonseca Gámez. El conjuer Jorge Eliécer Toro Curiel estuvo ausente con excusa.

*responsabilidad del Ministerio de Minas y Energía mientras que en la otra, lo condenó.*

*En el primer evento –fallo del 2014- la decisión obedeció, en síntesis, a que se consideró que “la responsabilidad que se predica en el caso bajo examen a la administración por los hechos constrictivos de la presente acción tiene sustento jurídico en una falla a la prestación del servicio de seguridad y de sostenimiento del orden público nacional, funciones que no son propias del MINISTERIO DE MINAS...”.*

*Allí se estableció que le era imputable la responsabilidad al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Policía Nacional pues sus funciones están directamente relacionadas con el efectivo mantenimiento del orden público y convivencia ciudadana.*

*En el segundo evento –fallo del 2017- el Tribunal halló responsable al Ministerio de Minas y Energía y a Promigas, pues sostuvo que “... tanto el Ministerio de Minas como Promigas, están llamadas a responder por los daños causados a los ahora demandantes con ocasión del contrato de concesión suscrito entre estos, que propició la implementación de la actividad o la consecución del servicio público de gas, que fue objeto de ataque por la insurgencia”.*

*Asimismo, distinto tratamiento jurídico tuvo Promigas, respecto de la cual se declaró probada una causal eximente de responsabilidad en un proceso, mientras que en el otro le declaró responsable.*

*Se evidencia que en la providencia del 2014 se exoneró de responsabilidad a dicha empresa “...pues si bien es cierto que la conducción de gas se encuentra catalogada como una actividad peligrosa (art. 2356 del C.C.) y que frente a los perjuicios que se llegaren a ocasionar a terceros en el ejercicio de esta actividad se presumirá el elemento de la culpa quedando la víctima solo en la obligación de acreditar a) el daño y b) la relación de causalidad; no lo es menos que en el presente asunto, se encuentra acreditado en el expediente que la exposición del gasoducto Ballena (sic) – Barranquilla se debió a cargas explosivas detonadas por miembros del Frente 59 de las FARC Bloque Caribe, advirtiéndose la inexistencia de una relación causal entre la conducta desplegada por la accionada y los perjuicios irrogados a los actores, en consecuencia, a la luz de la teoría de la causalidad adecuada advierte la Sala que la accionada PROMIGAS S.A. E.S.P. no incurrió en conductas que tuvieran una relación directa en la producción del daño a los accionantes, pues dentro de sus deberes y obligaciones jurídicos no se encuentra el de repeler grupos delincuenciales”.*

*En consecuencia, el Tribunal declaró probada la excepción de causa extraña por el hecho de un tercero respecto de Promigas, mientras que, como ya se vio, en el fallo del 2017 la declaró responsable.*

*El siguiente cuadro resume las decisiones adoptadas en ambos fallos y hace palmaria las divergencias interpretativas:*

	Reparación directa 2014	Acción de grupo 2017
--	-------------------------	----------------------

	Calidad en que actuó	Decisión	Calidad en que actuó	Decisión
Promigas	Demandado	<b>Exonerado</b> de responsabilidad por haberse declarado probado el hecho de un tercero	Demandado	<b>Declarado responsable</b> en razón al contrato de concesión para la prestación del servicio público de gas y aplicación del riesgo conflicto - beneficio
Ministerio de Minas y Energía	Demandado	<b>Exonerado</b> de responsabilidad porque sus funciones no son de seguridad	Demandado	<b>Declarado responsable</b> en razón al contrato de concesión para la prestación del servicio público de gas
Ministerio de Defensa	Demandado (Policía - Ejército)	<b>Declarado responsable</b> por omisión en el cumplimiento de sus funciones que permitió el atentado terrorista	Llamado en garantía por Promigas (Ejército)	Llamamiento no prospera porque se pretendió atribuir responsabilidad y no la obligación de reembolso de una condena.
DAS	Demandado	Declarado responsable por omisión en el cumplimiento de sus funciones que permitió el atentado terrorista	-	-
Municipio de Riohacha	Llamado en garantía por Promigas	No prosperó porque no se declaró responsable a Promigas	Llamado en garantía por Promigas	Llamamiento no prospera porque se pretendió atribuir responsabilidad y no la obligación de reembolso de una condena.
Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	-	-	Llamado en garantía por Promigas	Llamamiento no prospera porque se pretendió atribuir responsabilidad y no la obligación de reembolso de una condena.

*Como se ve, hay diferencias interpretativas por parte del Tribunal Administrativo de La Guajira, en cuanto a los criterios o parámetros jurídicos para hacer el juicio de responsabilidad al Ministerio de Minas y Energía pues en una decisión se le exoneró porque sus funciones no están relacionadas con la defensa y seguridad nacional y, en otra, se le condenó en razón al contrato de concesión y a la aplicación conjunta de las teorías del riesgo conflicto y riesgo beneficio.*

*Recuérdese que el Ministerio de Minas y Energía insistió en que la condena que le fue impuesta conlleva a la modificación del ámbito de su competencia, en tanto se le atribuyeron funciones de defensa y seguridad, que corresponden al Ministerio de Defensa, lo cual, a su juicio, es inadmisibleso pretexto de aplicar el principio de solidaridad con las víctimas e implica que carece de legitimación en la causa por pasiva”.*

Previo a emitir sentencia de reiteración con el propósito de lograr la aplicación de la **ley** en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica, como lo señala el artículo 272 del CPACA, procede la Sala a explicar el concepto de ley en el sistema colombiano de fuentes del derecho.

Como quiera que las causales aplicables al caso concreto hacen referencia a la aplicación de la “ley” y “disposiciones normativas”, corresponde hacer claridad acerca de qué se entiende por estos conceptos y cuáles son esas reglas en que se fundamenta la responsabilidad extracontractual derivada del riesgo.

### **3.3. Sobre la tradición jurídica colombiana y el sistema de fuentes**

En el marco del Estado Social de Derecho se torna importante y necesario el papel que juegan en él las decisiones judiciales de las llamadas Altas Corporaciones u órganos de cierre en el actual sistema de fuentes del Derecho Colombiano.

Con la idea según la cual, los jueces en cumplimiento de su función constitucional deben razonar sus fallos en las “**reglas**” utilizadas en providencias anteriores por el mismo fallador u otros de la misma o superior jerarquía, y que sirvieron para decidir casos anteriores y análogos o **construidas específicamente** para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo reconoce, sin ambages, que el juez, en el ejercicio de su función constitucional de administrar justicia y dirimir los casos sometidos a su conocimiento **crea derecho**, no se limita a decirlo.

Esta característica de la función judicial no adquiere relevancia únicamente en aquellos casos en donde la norma no es lo suficientemente clara y pertinente, pues, aún en donde hay claridad, también se exige una labor de creación por parte del juez, ya que hoy la ley tiene una serie de peculiaridades que impiden un razonamiento mecánico.

En ese sentido, en los casos en donde ese silogismo no es posible, le corresponde al funcionario judicial generar, construir, crear una “regla”, por no llamarla “norma jurídica” que le permita esclarecer el caso sometido a su conocimiento, toda vez que el llamado operador jurídico no puede rehusarse a fallar bajo argumentos como la carencia de elementos normativos o de su oscuridad o impertinencia, entre otros.

En consecuencia, esa “regla” producto del análisis argumentativo que está obligado a desarrollar el juez, en aplicación de principios axiales al Estado Social de Derecho, como son la igualdad, la buena fe en su variable de la confianza legítima y la seguridad jurídica, obligan a aceptar sin restricciones que la decisión judicial hace parte del **ordenamiento jurídico**.

Se entiende, entonces que esas “reglas” hacen parte de las fuentes del derecho, es decir que, junto a la **ley**, fuente por excelencia en el sistema romano-germánico del que somos herederos y exponentes, se erigen aquellos razonamientos de los funcionarios judiciales que le sirvieron de fundamento para resolver el caso sometido a su conocimiento, los cuales deben ser empleados por otros operadores jurídicos cuando el asunto sometido a su discernimiento así lo exija.

Así, la Sala<sup>16</sup> ha avanzado en la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política para señalar que cuando este precepto establece que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar de la actividad judicial” debe entenderse como “una fuente auxiliar que no subsidiaria del quehacer judicial”, en donde los jueces deben acudir a la “*jurisprudencia no en defecto sino en apoyo del acervo argumentativo en el cual sustenta su determinación*”.

De esta manera, el pleno de la Corporación reconoce puntos trascendentales, entre ellos que: **i)** las decisiones judiciales son fuente de derecho y **ii)** como fuente de derecho, éstas **deben** hacer parte del razonamiento judicial.

Es decir, los funcionarios judiciales no pueden hacer caso omiso de lo que se ha denominado “el precedente judicial” cuando las circunstancias del caso impongan su observancia. Por tanto, en el evento en que esa “regla” no pueda o deba ser tenida en cuenta, así lo debe explicitar el fallo respectivo, como un requisito de su validez, pues solo es posible apartarse de la “regla” que surge de un pronunciamiento judicial, cuando el funcionario judicial que así va a obrar, despliegue una carga de argumentación que haga explícitas las razones por las cuales no hará uso de aquella.

En nuestro sistema jurídico se asume la fuerza vinculante de ciertas decisiones, pues hoy, las providencias judiciales de las llamadas Altas Corporaciones u órganos de cierre son fuente de derecho.

El artículo 230 de la Constitución exige una interpretación diferente, pues es claro que después de 20 años de la promulgación de nuestra Carta, los jueces no pueden seguir afirmando que no aplican el precedente porque en su actividad solo están sometidos **al imperio de la ley**, sin reparar en el **significado** que esta acepción tiene hoy en nuestro ordenamiento.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, Auto de 11 de septiembre de 2012, expediente 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP).

Para la Sala es importante resaltar el papel que juegan las decisiones judiciales en nuestro ordenamiento, **de una parte**, referido al fenómeno de lo que se denomina “insuficiencia de la ley”; y **de otra**, al lugar que, por razón de esa carencia ocupan las providencias en el orden jurídico y su carácter vinculante.

### **3.3.1. La insuficiencia de la ley y la necesidad de ubicar otro centro de imputación jurídica.**

Se impone señalar que hoy, el estudio de las fuentes del derecho en nuestro sistema jurídico debe ser diverso a como lo fue en los siglos pasados, toda vez que debemos abandonar la idea decimonónica según la cual la ley como fuente por antonomasia en nuestro sistema, es la única fuente jurídica.

La ley, como expresión del poder soberano, ha perdido sus condiciones de generalidad, impersonalidad y abstracción que los revolucionarios franceses identificaron como base y fundamento de su ideario, pues aquella, supuestamente para distinguirla de las normas dictadas por el antiguo régimen, eran producidas por el órgano de representación popular sin sujeción a una determinada condición de la persona o grupo al que aquella se dirigía.

Esas pretensiones de generalidad, impersonalidad y abstracción se han ido perdiendo en la medida en que las condiciones materiales de la sociedad han ido cambiando y cada vez, en ejercicio del principio democrático, se dictan disposiciones para determinados grupos, según sus condiciones y necesidades, lo que ha generado una superproducción normativa caracterizada por la diversidad y la dispersión que a su vez, genera serios problemas de aplicación que maximizan la importancia de la función judicial.

La sociedad actual está compuesta por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de las leyes”, lo cual ha determinado la denominada hiperinflación normativa, o pulverización del derecho legislativo, generándose con ello una explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad<sup>17</sup>.

Esta pérdida de las características clásicas de la ley obedece, sin duda, a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, bien como una aplicación del principio de igualdad que exige el modelo de Estado Social de Derecho en el que el Constituyente de 1991 adscribió al Estado colombiano y, hay que decirlo, también como consecuencia de la presión que sobre el legislador ejercen los intereses corporativos, hecho que, sin lugar a dudas, erosiona el fin supremo de la seguridad jurídica del hombre común y obviamente del operador jurídico, quien se ve enfrentado a un sinnúmero de

---

<sup>17</sup> Tomo para explicar la crisis de la teoría clásica de la ley, estudiada como principal fuente de derecho por sus características de generalidad, abstracción e impersonalidad, el desarrollo teórico expuesto en ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid. 1995. Capítulo 2.

normas contradictorias y vigentes, en donde el dilema de cuál aplicar siempre estará presente.

La creciente vitalidad de tales grupos determina, además, situaciones sociales en rápida transformación que requieren normas jurídicas ocasionales o *ad hoc* adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades, lo que genera una crisis no solo de la característica de la generalidad de la ley sino también de su abstracción<sup>18</sup>.

Igualmente resulta inocuo y reprochable negar que el acto de creación del derecho legislado sea el producto de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales en conflicto, lo que conlleva al fenómeno de la negociación, la conciliación de intereses particulares, o a la llamada “contractualización” de los contenidos de la ley.

El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce dialécticamente y de manera irrefutable a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en la ley, la cual es manifestación e instrumento de enfrentamientos y competencia entre los diversos grupos e intereses en juego y, por ende, ella no pone fin al conflicto, lo mantiene. Por tanto, aquella no puede ser catalogada como un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, sino un acto personalizado que persigue unos determinados intereses particulares. En ese contexto, la ley no es garantía absoluta de unificación del derecho.

Cuando las leyes actúan como medidas de apoyo a un sujeto social definido y están determinadas por las cambiantes relaciones de fuerza más que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a esos acuerdos particulares que impulsan la legislación.

En este orden, resulta evidente que la protección necesariamente estará a cargo del juez cuando la controversia resultante de esos diversos intereses llegue a su conocimiento. De ahí que su función será la creación de una nueva norma que permita la resolución del conflicto y que por tanto pase a hacer parte del “ordenamiento jurídico” que aquel tendrá que aplicar para no desconocer entre otros el principio de igualdad en que se fundamenta hoy nuestro Estado Social de Derecho, una igualdad que no se concibe única y exclusivamente desde el tratamiento que ofrece el legislador sino todo el sistema jurídico que incluye, huelga repetirlo, las decisiones de los funcionarios judiciales.

En otros términos, la ley, fuente por excelencia de los ordenamientos jurídicos que como el nuestro tiene una tradición romano-germánica, no es hoy un factor unificador de la sociedad para resolver sus conflictos con

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*

certeza y legitimidad. Si bien es uno de sus instrumentos no es el único y por tanto es necesario identificar otro centro de imputación en el ordenamiento jurídico que permita de manera efectiva, clara y veraz garantizar a la sociedad su convivencia pacífica.

En ese sentido, la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho responde a la necesidad de encontrar o reconocer una fuente de imputación jurídica diversa a la ley, pues ya no será ésta sino la Constitución y el reconocimiento que en ella se hace de una serie de derechos, los llamados a ocupar el lugar que los revolucionarios le concedieron a la ley soberana.

Ese desplazamiento de la ley frente a la supremacía de la Constitución y principalmente a los fundamentos del Estado, así como el papel preponderante que en ella tienen los derechos fundamentales, los principios y los valores en ella contemplados, permite afirmar que los jueces ya no pueden ser definidos como lo hacía Montesquieu “... *la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moldear su fuerza ni su rigor*”<sup>19</sup>.

No. El juez en este nuevo estado de cosas debe privilegiar la preeminencia de esos derechos y, en consecuencia, moldear la fuerza y rigor de la norma aplicable al caso, **creando** una nueva, compatible con las características y la realidad puesta a su conocimiento. Por tanto y como lo reconoce la Sala Plena, el juez también crea derecho.

En consecuencia, el actuar del juez debe buscar la realización de esos derechos, principios y valores constitucionales fundamentales, razón por la que el artículo 230 de la Constitución requiere una interpretación diversa, en la medida en que los jueces en el marco de un Estado Social de Derecho como el que nos rige están sometidos al imperio de aquella y a su efectiva materialización, lo que implica que aquél siempre estará en la obligación de interpretar la norma que, para el caso concreto, pueda tener aplicación a fin de garantizar la materialización de esos derechos.

Esto permite la creación de figuras tales como la unificación y extensión de la jurisprudencia, consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En esa medida, el juez siempre debe buscar aquella interpretación que mejor realice aquellos presupuestos en los que hoy se erige el Estado colombiano. Por tanto, pese a la claridad que pueda ofrecer un determinado supuesto normativo, el funcionario judicial siempre ha de indagar si efectivamente él permite la materialización de los derechos fundamentales y de la Constitución misma, porque de no ser así, estará obligado a su inaplicación o

---

<sup>19</sup> Citado por PRIETO SANCHIS, Luis. Introducción al Derecho-coordinador. Ediciones de la Universidad de la Mancha-Cuenca. 1996. Pág. 25

a su adecuación para lograr la idea de supremacía y prevalencia del ordenamiento constitucional.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado que:

*“Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”<sup>20</sup>*

En consecuencia, el primer paso que el juez debe agotar en su labor, es determinar si el supuesto normativo que ha de aplicar al caso concreto, efectivamente puede hacer realizables los fundamentos constitucionales, en ese orden de ideas, siempre que aplica o dice el derecho está haciendo un ejercicio de creación.

En ese contexto, como lo señalaba Hans Kelsen *“... la aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho.”<sup>21</sup>*

En consecuencia, es importante que se admita, sin distinguos, que cuando el juez o el operador jurídico aplica una norma a un caso concreto está de suyo generando otra norma, que muchos tienden a llamar “regla” o “subregla” para tratar de darle un carácter diferente y no confundirla con aquella que produce el legislador pero que, en suma, integra el ordenamiento jurídico que aquel está obligado a tener en cuenta al momento de resolver un caso concreto, pues el juez está llamado a actualizar la norma y hacer realizable al caso concreto los presupuestos constitucionales en que se funda hoy el Estado colombiano.

Huelga manifestar el carácter normativo y vinculante de nuestra Constitución Política y, en ese sentido, la capacidad creadora de derecho por parte de quien ejerce la jurisdicción, no solo se produce en aquellos casos en donde la ley es oscura o no exista un supuesto normativo que aplicar, pues se impone reconocer que la ley hoy no es la única fuente de imputación jurídica como lo entendieron los revolucionarios franceses, amen que, por regla general, toda norma jurídica es fuente de otra, cuya jerarquía dependerá de una serie de circunstancias, entre ellas, la naturaleza del órgano que la genere, pero de todas maneras fuente de derecho.

---

<sup>20</sup> Cfr. Corte Constitucional sentencia C-539 de 2011.

<sup>21</sup> Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Universidad Autónoma de México, págs. 244 y 245.

Sobre el particular es importante recordar lo que señalaba el filósofo argentino, Carlos Cossio, en el sentido según el cual se concibe más fácil un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, en la medida en que sin una aplicación de la norma jurídica el derecho deja de ser lo que es<sup>22</sup>.

El anterior razonamiento impone, como reiteradamente lo anticipó el juez constitucional<sup>23</sup>, una lectura diferente del artículo 230 de la Constitución, pues es claro que el juez en el ejercicio de su labor no puede quedarse simplemente en lo que señale la ley, entendida ésta en su sentido formal, pues siempre debe determinar su alcance, hacer su actualización al contexto social en que se va a aplicar, lo que lo llevará a generar un supuesto normativo que pasará a integrar o hacer parte del sistema jurídico y que tendrá que ser considerado cuando el mismo juez u otro deba resolver un caso con características similares, en donde, se impone una carga de argumentación adicional para el funcionario que decida no tener en cuenta la norma, regla o subregla que generó el caso anterior.

Esta argumentación va más allá de la simple afirmación según la cual el ejercicio de la jurisdicción impone únicamente el sometimiento **al imperio de la ley**, concepto a que hace referencia el artículo 230 constitucional y que se refiere a todo el ordenamiento jurídico y no simplemente a la ley en sentido formal, en donde la decisión judicial entra a jugar un papel preponderante<sup>24</sup>.

En este punto específico la Corte Constitucional ha resaltado que:

*“(i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar*

---

<sup>22</sup> Cfr. CARLOS COSSIO. La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936., citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 1995.

<sup>23</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-539 y C-816 de 2011, entre otras.

<sup>24</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-131 y C-480 de 1993, C-083 de 1995 y C-836 de 2001.

*suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto.”<sup>25</sup>*

Una interpretación armónica de la Constitución exige, para entender el verdadero alcance del artículo 230 de la Constitución, abandonar la concepción decimonónica sobre la labor del juez y la desconfianza que éste generaba en los revolucionarios franceses, para reinterpretar el papel de la jurisprudencia y su carácter vinculante, con lo cual se harán realizables los principios y los derechos fundamentales, base del ordenamiento constitucional, en especial, el de igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

### **3.3.2. El carácter vinculante de las decisiones judiciales**

Respecto al carácter vinculante y obligatorio que, en nuestro ordenamiento, tienen ciertas decisiones proferidas por los jueces y el alcance del denominado precedente judicial, existe cierto consenso en que no toda providencia puede ser tenida como un precedente ni que todas las decisiones judiciales tienen el mismo carácter vinculante.

Sabido es que las providencias que profiere la Corte Constitucional, desde la sentencia C-083 de 1995<sup>26</sup>, señalan que las decisiones del intérprete autorizado de la Constitución son un criterio vinculante de la labor judicial.

En dicho fallo se definió con suma claridad que el juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto generaba lo que se denomina **doctrina constitucional** la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma.

En ese sentido, desde las primeras sentencias de la Corte se reconoció que:

*“si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. **Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil***

<sup>25</sup> Cfr. Sentencia C-539 de 2011 y C-836 de 2001.

<sup>26</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 1993.

***o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar***<sup>27</sup> (negrilla fuera de texto).

Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno.

Se lee en la sentencia C-539 de 2011:

*“... la Corte es la encargada de fijar la interpretación auténtica de los preceptos constitucionales, de manera que tienen un aspecto subjetivo, relativo al caso concreto, y objetivo, que implica consecuencias generales en cuanto determina el precedente judicial a ser aplicado en casos similares o análogos.*

*De otra parte, la Corte ha insistido en que sus sentencias de amparo tienen una proyección doctrinal vinculante, en cuanto se trata de interpretar la Constitución misma, lo cual debe tener un efecto multiplicador aplicable a los casos similares o análogos, por cuanto de lo contrario se desvirtuaría su verdadera esencia y se convertiría tan solo en otra instancia de una jurisdicción.*<sup>28</sup>

Interpretación auténtica a la que los jueces de ninguna jerarquía pueden escapar bajo el argumento de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones, sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional.

Se exige un ejercicio de ponderación entre los principios de autonomía e independencia y los de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima. No basta que el juez argumente los primeros sin consideración alguna de los segundos.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucionalidad o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, esas decisiones pasan a formar parte de las fuentes formales del derecho y por ende vinculan a todos los jueces. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional al señalar que:

*“... si bien la parte resolutive de los fallos de revisión obligan tan solo a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto concreto revisado y que en cuanto fija el contenido y alcance de los preceptos constitucionales, hace parte del*

---

<sup>27</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1995.

<sup>28</sup> *Ibíd.*

*concepto de “imperio de la ley” a la cual están sujetos los jueces y las autoridades públicas de conformidad con el artículo 230 Superior*<sup>29</sup>

En consecuencia, en tratándose de la doctrina constitucional, basta un pronunciamiento de esa Corporación para que sea vinculante y obligatoria la decisión. En donde, valga decirlo, constituye doctrina constitucional la parte de la sentencia que fija el alcance de la norma constitucional o del derecho fundamental correspondiente, es decir, la llamada *ratio decidendi*. En la sentencia C-036 de 1996 se indicó que todas las expresiones de la parte motiva que tengan “*una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive*” tienen fuerza vinculante.

Los jueces solo podrán apartarse de esa doctrina cuando los supuestos del caso sometido a su conocimiento difieran del que resolvió la Corte, razón que hace inaplicable la *ratio decidendi* de la sentencia o demuestren que los valores, los principios o derechos constitucionales se verán protegidos de una mejor manera con la interpretación que el funcionario judicial hará para el caso concreto.

Es ésta, entonces, una carga de argumentación por parte del juez que no desconoce el carácter vinculante de la doctrina constitucional, pues, el hecho de que los jueces se puedan apartar de una decisión anterior, en este caso, por el juez constitucional, no relativiza ni le resta vinculatoriedad a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia en general.

No. El carácter vinculante y obligatorio se mantiene, lo que sucede es que al igual que la ley, en casos determinados, su aplicación resultaría contraria a los mismos fundamentos constitucionales que le dieron origen, razón por la que en un ejercicio de ponderación y razonabilidad el juez correspondiente no debe aplicarla. Esa excepcionalidad no hace desaparecer el carácter vinculante que aquella y ésta tienen.

Ahora bien, en relación con la **fuerza vinculante de la jurisprudencia de las llamadas Altas Cortes**, en este caso, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, es necesario señalar que cuando éstas cumplen la función constitucional de unificar la jurisprudencia en torno a un tema, están generando un **precedente de obligatorio** acatamiento para los jueces, la administración y los administrados en general.

En ejercicio de esa función: la de unificación, los órganos de cierre brindan coherencia al sistema jurídico, al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de unificación por el órgano competente, los jueces pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011 y C-251 de 2001.

las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como el de la seguridad jurídica y la confianza legítima.

La coherencia en el sistema implica aceptar, de una vez por todas, que cuando se presente la unificación jurisprudencial ella es obligatoria para todos los jueces sin distinción de jerarquía. En donde una modificación o cambio del criterio jurisprudencial ha de exigir, como debe ser, la suficiente carga de argumentación para hacer compatible los derechos, principios y valores constitucionales, con la función dinámica, renovadora y de actualización que tiene la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico.

Finalmente, es importante señalar que cada juez, en ejercicio de su función, está obligado a acatar y aplicar sus anteriores decisiones, es decir, está atado a lo que ha decidido previamente, salvo que en forma clara y razonada explique las razones que lo llevan a no aplicar el criterio empleado en decisión anterior. Es decir, el precedente horizontal también tiene un carácter vinculante y obligatorio para el juez que lo produjo, a efectos de no desconocer los principios de la igualdad, de la seguridad jurídica y de confianza legítima de quienes acuden a un mismo despacho judicial.

En síntesis, el precedente puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva.

### **3.3.3. La idea de ley en sentido material**

Existe consenso en que la tradición jurídica colombiana es la del *civil law* y una de sus características consiste en que el ordenamiento jurídico está positivizado, es decir, hace parte de un sistema en el que las reglas de derecho son identificables y se pueden ubicar en el conjunto de fuentes de derecho.

Es claro que la idea de «*ley en sentido formal*», como la fuente principal y por excelencia del derecho, ha sido modificada, para dar lugar a la idea de «*ley en sentido material*» que hace referencia al ordenamiento jurídico integrado por la expresión de diferentes poderes organizados y legitimados por la Constitución Política para ejercer sus distintos ámbitos de competencia. Además, dicha modificación ha permitido comprender la complejidad del sistema de fuentes jurídicas que tenemos hoy en día, en el que se incluye su jerarquía vinculante. Así lo ha entendido la Corte Constitucional cuando ha analizado diversas demandas fundamentadas en el artículo 230<sup>30</sup> de la Carta Política:

---

<sup>30</sup> «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.»

*«La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución»<sup>31</sup>.*

Como podemos observar, al comparar el contenido del artículo 230 de la Constitución Política con la interpretación que de manera pacífica ha sostenido la Corte Constitucional desde hace más de dos décadas: «*los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio del ordenamiento jurídico*», es claro que surge de allí una primera distinción entre dos conceptos: **jurisprudencia** y **precedente**, esta última, como aquella función o competencia que cumplen las altas cortes como generadoras de reglas y subreglas que hacen parte del ordenamiento jurídico y que son vinculantes, ejercida a partir de su función interpretativa, es decir, el precedente es una decisión judicial que tiene el reconocimiento de una auténtica fuente de derecho.

En tal sentido, se diferencia de la jurisprudencia, concebida como un criterio auxiliar de la actividad judicial y su característica fundamental consiste en que en tales decisiones no se crean reglas o subreglas, sino que se aplican las existentes en el ordenamiento jurídico. En otros términos, para la Sala el contenido de las decisiones jurisprudenciales consiste en la función de aplicación del derecho vigente, de tal manera que en tales decisiones se encuentra un trabajo, primordialmente, de valoración probatoria o de subsunción a fuentes de derecho.

### **3.3.3.1. Sobre la función de las altas cortes como generadoras de reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico**

#### **La jurisprudencia**

Lo dicho en precedencia, sobre las decisiones que tienen la naturaleza de ser «*jurisprudencia*», se puede mostrar de manera gráfica, en los siguientes términos:



#### **1) Decisión adoptada (tesis)**

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional, C-836 de 2001. Esta interpretación fue sostenida desde la sentencia C-486 de 1993 en la que se afirmó: «*Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (Cart. 16).*»

- 2) Ordenamiento jurídico aplicable (marco jurídico).
- 3) Hechos probados (argumentos).

El número 1 es la decisión del caso que se puede entender como la tesis de una argumentación. El número 2 hace referencia al ordenamiento jurídico (regla o subregla) aplicable que se puede entender como el marco jurídico o marco teórico de una argumentación. **El número 3 refiere a los hechos probados en el caso bajo examen que se pueden entender como los argumentos o fundamentos de una argumentación.**

Como se afirma, en la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico ya está establecido, de tal forma que las reglas o subreglas a aplicar ya están definidas. En principio, existe un ordenamiento jurídico claro a aplicar. Por lo anterior, en este tipo de decisiones, el debate girará en torno a la valoración probatoria para establecer los hechos probados. Una vez se tienen los hechos probados, la tarea consiste en aplicar o subsumir los hechos a la regla o subregla y adoptar la decisión que surja de tal actividad valorativa.

Con fundamento en lo antes expuesto, sobre las decisiones que tienen la característica de ser jurisprudencia, resulta factible aclarar el concepto de «*doctrina probable*» establecido en el artículo 4 de la ley 169 de 1896, que dice:

*«Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.»*

Nótese que el énfasis del artículo referido está puesto en las decisiones, es decir, en la tesis (1), no en el marco jurídico (2). En tal sentido, tres decisiones que contengan la misma tesis sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable. Agrega una variable que se considera como condición de posibilidad: que se trate de casos análogos (3).

Ante esos supuestos, faculta a que los jueces apliquen la doctrina probable, es decir, «*los jueces podrán aplicarla*», lo que significa que deja un ámbito de arbitrio consistente en que la doctrina probable tiene una naturaleza no vinculante ni obligatoria. En otros términos, como el énfasis no está en la regla o subregla de derecho aplicable, así se utilizara la misma regla o subregla, pero se toman dos decisiones en un sentido, y una tercera, en otro sentido, no estaríamos en presencia de doctrina probable.

En conclusión, para que exista doctrina probable se requiere un número plural mínimo de tres decisiones uniformes, es decir, en un mismo sentido, para que en casos análogos se pueda aplicar el marco teórico o punto de derecho sostenido en dichas decisiones. Como se dijo, previamente, ello solamente es propio de las decisiones que se pueden caracterizar como jurisprudencia, en sentido técnico.

## El precedente judicial y competencia para producirlo

Como se afirmó *ut supra* §1, el precedente consiste en la decisión que expresa una alta corte, en su función interpretativa, y en la que se puede identificar la creación de reglas o subreglas que entran a hacer parte del ordenamiento jurídico. Por lo anterior, dichas reglas o subreglas son vinculantes y obligatorias.

De manera gráfica, podemos identificar que la creación de un precedente hace énfasis en el marco jurídico:



- 1) Decisión adoptada (tesis).
- 2) Ordenamiento jurídico aplicable (marco jurídico).
- 3) Hechos probados (argumentos).

El número 1 es la decisión del caso que se puede entender como la tesis de una argumentación. **El número 2 hace referencia al ordenamiento jurídico (regla o subregla) aplicable que se puede entender como el marco jurídico o marco teórico de una argumentación.** El número 3 refiere a los hechos probados en el caso bajo examen que se pueden entender como los argumentos o fundamentos de una argumentación.

En el precedente basta que se fije una regla o subregla de derecho, es decir, un marco jurídico que desde el momento en que se expresa, empezará a integrar el ordenamiento jurídico. Mal podría decirse que se requieren varias decisiones que fijen la misma regla o subregla para que integre el ordenamiento jurídico, o que la expresión de la regla o subregla en una sola decisión no resulte vinculante, pues, precisamente, dicha tarea se ejerce a partir de las competencias asignadas a las altas cortes en la Constitución Política cuando les asigna la función de ejercer como tribunal supremo. En el caso del Consejo de Estado, establece el artículo 237 de la Constitución Política que:

*«Son atribuciones del Consejo de Estado:*

- 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.»**

En virtud de lo anterior, se concluye que solamente las altas cortes tienen la competencia para generar precedentes. En otros términos, ni los tribunales o jueces pueden crear reglas de derecho que hagan parte del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, a diferencia de la doctrina probable, en el precedente basta una decisión que fije una regla o subregla para que sea obligatoria y vinculante.

## **Sobre la creación de reglas o subreglas de derecho que generan precedentes**

Las decisiones de las altas cortes que crean reglas de derecho, y cumplen con el criterio de positivización, tienen ciertas características:

En primer lugar, las reglas o subreglas de derecho se expresan en la *ratio decidendi* de la decisión.

En segundo lugar, las reglas o subreglas de derecho son vinculantes para todos los jueces de la república y de obligatorio cumplimiento.

En conclusión, la norma o regla aplicable al tema bajo estudio está contenida en el precedente fijado por el Consejo de Estado y que pasará a exponerse a continuación.

## **4. PROBLEMAS JURÍDICOS**

Procede la Sala a revisar la sentencia del 25 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira y a reiterar la jurisprudencia en materia del régimen de responsabilidad objetivo derivado del título de imputación de riesgo excepcional en los casos de ataques a infraestructura del Estado o de particulares al servicio del Estado. Para tal efecto, deberá darse solución a los siguientes interrogantes:

¿Se apartó del precedente del Consejo de Estado el Tribunal Administrativo de la Guajira al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva y condenar a una empresa de naturaleza privada prestadora de servicios públicos que, en virtud de un contrato de concesión con el Estado, tenía a su cargo un gasoducto que fue atacado por terceros en el marco del conflicto armado?

¿Se apartó del precedente del Consejo de Estado el Tribunal Administrativo de la Guajira al imputarle responsabilidad extracontractual y condenar al Ministerio de Minas y Energía por daños ocasionados a un gasoducto?

## **5. ANÁLISIS DE LA SALA**

### **5.1. Precedente, reglas a unificar, el problema a la luz del derecho internacional y responsabilidad de concesionarios del Estado**

### 5.1.1. El Consejo de Estado ha fijado precedentes en materia de la responsabilidad del Estado por actos violentos o actos de terrorismo<sup>32</sup> desplegados por terceros.

Si bien la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas<sup>33</sup> entre sí<sup>34</sup>, lo cierto es que en la Corporación se han fijado los siguientes precedentes:

---

<sup>32</sup> Ver trazado de lo que constituye el terrorismo en tiempos de paz y en tiempos de guerra en sentencia del 30 de noviembre de 2017, exp. 46567, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B": *"El terrorismo se puede dar tanto en entornos de paz como de conflicto. Si bien, en su definición y alcance adolece de determinación jurídica, no por ello escapa a las obligaciones que un Estado tiene para con la seguridad de sus ciudadanos. Sin carácter taxativo, se han considerado como manifestaciones de terrorismo las siguientes: i) los ataques contra la vida, la integridad física o la libertad de personas internacionalmente protegidas -verbigracia agentes diplomáticos-; ii) el secuestro y la toma de rehenes; iii) la destrucción de aeronaves civiles; y, iv) en el contexto de los conflictos armados internacionales o internos, los actos o amenazas de violencia cuyo fin primordial es sembrar terror, zozobra e incertidumbre entre la población civil. Sobre sus connotaciones y características, se han precisado los siguientes elementos: i) **naturaleza e identidad de quienes perpetran el terrorismo**: los victimarios pueden ser gobiernos, particulares o grupos que actúan independientes o bajo la dirección del Estado; ii) **naturaleza e identidad de las víctimas del terrorismo**: los blancos de la violencia terrorista pueden ser personas, instituciones y bienes, pero los afectados son principalmente seres humanos, ya que el objetivo del terrorismo es causar dolor y temor en el conglomerado social; iii) **los objetivos del terrorismo**: las motivaciones que impulsan a los perpetradores de actos terroristas tienden a ser de índole político o ideológico; iv) **los medios empleados para perpetrar los actos terroristas**: la violencia terrorista puede ocurrir a nivel nacional o transnacional y ha sido perpetrada a través de armas convencionales, no convencionales e incluso con armas de destrucción masiva".* Y en sentencia del 16 de agosto de 2018, exp. 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B": *"Pese a que la comunidad internacional no ha llegado a un consenso acerca de lo que se debe entender por terrorismo y por ende, las obligaciones exigibles a cada Estado; el Derecho Internacional Humanitario –aplicable en contextos de guerra o conflicto armado- se aproxima a la definición desde la prohibición de los "castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo", los "actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil"<sup>32</sup>, "los actos de terrorismo contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas"; además advierte que "[n]o serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles". Evidenciando así el principio de distinción, vital en el entero de la legislación del derecho internacional humanitario".*

<sup>33</sup> Por lo tanto, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deben resolverse de la misma forma pues, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título de imputación o una motivación diferente.

<sup>34</sup> *"En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo 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"* Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

En primer lugar es de aclarar que el régimen de imputación de responsabilidad por esta clase de daños no es el de daño especial sino el de riesgo excepcional.

### **Sentencias de junio 9 de 2010, expedientes 17626 y 18536.**

*Los daños causados durante una confrontación armada entre el Estado y un grupo subversivo, a las personas ajenas al conflicto que para su infortunio estuvieran cerca, no son imputables al Estado a título de daño especial, porque la aplicación de este régimen, conforme a la Jurisprudencia de la Sala, supone siempre la existencia de una relación de causalidad directa entre una acción legítima del Estado y el daño causado, lo cual descarta, por definición, todo daño en el que el autor material sea un tercero<sup>35</sup>.*

### **Sentencia del 15 de octubre de 2015, exp. 35194.**

*Por su parte, si la actividad del Estado es jurídica, legítima, riesgosa, y el daño deviene de la concreción de un riesgo edificado sobre la base del cumplimiento de obligaciones convencionales, constitucionales y legales, el fundamento será el título de riesgo excepcional<sup>36</sup>.*

Estas reglas han sido reiteradas en la jurisprudencia de la Sección Tercera, al punto que puede concluirse que la dogmática del tema es la siguiente:

En caso de daños producidos por actos provenientes de terceros se requiere la intervención positiva, legítima y lícita de la entidad estatal para predicar responsabilidad del Estado a la luz del título de imputación de daño especial; por consiguiente, a fin de que sea viable el resarcimiento solicitado, se debe establecer que el daño proviene de una acción enmarcada en las mencionadas características; *a contrario sensu*, se excluiría de uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad, como lo es la imputación. Esto es, cuando el daño producido por actos de terceros no cuenta con la intervención del Estado, bajo ninguna modalidad, resulta procedente el estudio del riesgo excepcional.

Respecto de los requisitos para la procedencia del título de imputación de daño especial, esta Sección del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente<sup>37</sup>:

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de junio 9 de 2010, expedientes 17626 y 18536, ambas con ponencia de la magistrada Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de septiembre 13 de 1991, rad. 6453, C.P. Daniel Suárez Hernández.

<sup>37</sup> Ver Salvamento de voto de la C.P. Marta Nubia Velásquez Rico a la sentencia de 7 de marzo de 2018 exp. 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359)A, sentencia de unificación sobre responsabilidad del Estado por accidentes con minas antipersona: *"En ese orden de ideas, se tiene que, para el caso concreto, habida cuenta de que el artefacto explosivo no estuvo dirigido en contra de una persona o institución representativa del gobierno, no había lugar a declarar la responsabilidad con base en el título de imputación de riesgo excepcional,*

*“A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:*

*“a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;*

*“b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;*

*“c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;*

*“d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;*

***“e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y***

*“f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.*

*“Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta (...) que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen”<sup>38</sup> (negrillas adicionales).*

Tal y como se expuso en el acápite acerca del precedente, para que el fallador pueda desconocer la regla fijada, debe motivar las razones por las que se aparta de ella expresamente, de tal forma que justifique su inaplicación.

En el caso bajo estudio, el Tribunal Administrativo de la Guajira se apartó del precedente, sin justificación, toda vez que aplicó inadecuadamente la regla establecida para casos de daños ocasionados por actos violentos de terceros, como pasa a verse.

---

*pues, según la posición mayoritaria de esta Sección, “no se puede imputar un daño respecto de un riesgo que el Estado no ha creado ni que tampoco tuvo la oportunidad de evitar”. Tampoco resultaba aplicable al presente asunto el título de imputación de daño especial, dado que, si bien pudiera aceptarse que se presentó un rompimiento frente al principio de igualdad frente a las cargas públicas –derivado de las lesiones sufridas por los demandantes como consecuencia de la activación de un artefacto explosivo en el marco del conflicto interno-, lo cierto es que no se probó que el Estado hubiere desplegado conducta alguna -por acción u omisión- en la configuración de ese lamentable hecho, por lo cual forzoso resulta concluir que no se está ante un “actuar legítimo del Estado”, para la procedencia del daño especial”.*

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp. 6.453. M.P. Daniel Suárez Hernández, jurisprudencia reiterada de forma reciente por el Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia del 20 de junio de 2017, Exp. 18.860, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

La regla contenida en el precedente consiste en la viabilidad de aplicar un régimen de responsabilidad objetivo derivado del riesgo creado por parte del Estado frente a los administrados. Lo anterior significa que este tipo de responsabilidad recae en el Estado y no en los particulares.

Lo anterior por cuanto un régimen objetivo de responsabilidad es excepcionalísimo y se justifica ocasionalmente porque el Estado ostenta una relación de poder frente a los particulares. Relación que no necesariamente puede predicarse de los particulares entre sí.

Entre particulares no opera la responsabilidad de unos frente a otros por el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas *per sé*, pues esa dogmática se predica de un daño producido por el Estado y es éste el llamado a restablecer el equilibrio que ha roto.

Esto no implica que a las empresas de naturaleza privada no les resulte imputable responsabilidad extracontractual, sino que esta debe ser analizada, por regla general, bajo un régimen de responsabilidad subjetivo<sup>39</sup>, como se expondrá más adelante.

Si bien es cierto también puede aplicarse un régimen de responsabilidad civil extracontractual de carácter objetivo contra empresas de naturaleza privada cuando ejercen actividades peligrosas, lo cierto, es que el daño, en el caso *sub judice* no deviene de la concreción de un riesgo propio del transporte de gas, es decir de la actividad peligrosa desarrollada habitualmente, sino de un acto violento de terceros que excede el supuesto de responsabilidad objetiva, eventualmente aplicable a la empresa transportadora de gas.

Es decir, mediante la figura procesal que se conocía como fuero de atracción, puede aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad a una empresa particular que ejerce una actividad peligrosa, siempre y cuando el daño reclamado provenga de la concreción del riesgo creado con esa actividad, y no, en casos como este, en los que el origen del daño es el ataque violento de adversarios del Estado contra una infraestructura utilizada para la prestación del servicio.

---

<sup>39</sup> *En el derecho privado, la trascendencia que se le otorga a la culpabilidad, la eleva a nivel de imputación, ya que además del daño “reclama que el agente haya tenido la posibilidad de crear el riesgo que lo produjo mediante la inobservancia del deber de su evitación (imputatio facti) más la posibilidad de adecuar su conducta a los deberes objetivos de prudencia (imputatio iuris)”* Corte Suprema de Justicia, sentencia SC002-2018 de 12 de enero de 2018, exp. 11001-31-03-027-2010-00578-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

### **5.1.2. Las reglas vigentes a reiterar en materia de responsabilidad del Estado por actos violentos o actos de terrorismo<sup>40</sup> desplegados por terceros**

Existen tres ámbitos de aplicación de las reglas mencionadas en el contexto del conflicto interno colombiano, específicamente frente a actos violentos que ejecutan los grupos alzados en armas que, eventualmente, pueden comprometer la responsabilidad pública.

El primero de ellos se aplica en situaciones donde se compruebe que el Estado ha participado de forma directa en la producción del daño, como sucede, por ejemplo, cuando existe connivencia entre los agentes estatales y los integrantes de las organizaciones al margen de la ley, o de forma indirecta, como ocurre cuando el daño es consecuencia de las acciones emprendidas para reprimir el acto terrorista.

El segundo, cuando el Estado no despliega ninguna acción debiendo hacerlo, es decir, omite su deber jurídico de actuar.

Ambos ámbitos se enmarcan en el régimen de imputación de responsabilidad subjetivo derivado de la falla del servicio.

Y el tercero, aplicable a ciertas circunstancias especiales en las que existe un riesgo creado por el Estado y se concreta, es decir, a pesar de que este no ocasionó el daño por acción ni por omisión y actuó bajo los parámetros de actividad legítima, puede ser llamado a responder por un acto violento ejecutado por terceros<sup>41</sup>.

Este último ámbito de aplicación se enmarca en el régimen de imputación de responsabilidad objetivo derivado de la teoría del riesgo.

En sentencia del 24 de enero de 2019, la Sección Tercera reiteró la dogmática aplicable a este último supuesto<sup>42</sup>:

*Un argumento por exclusión llevaría a sostener que si un daño se genera por el accionar violento de terceros, ninguna responsabilidad le cabría al Estado, ya que materialmente no lo ha provocado. Es decir, que desde el plano fáctico no hay una relación de causalidad entre el daño y una actividad o acción desplegada por el Estado a través de sus agentes.*

*No obstante, esa comprobación ontológica no resuelve de inmediato el quid de la imputación, si se tiene en cuenta que también en la inexistencia de*

---

<sup>40</sup> La Sala precisa que no existe una definición universal de terrorismo, al respecto ver nota al pie No. 58.

<sup>41</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 24 de enero de 2019, exp. 05001-23-31-000-2005-03186-01(43112). Y otras.

<sup>42</sup> *Ibíd*em

*actividad –cuando aquella es debida – o, en la permisividad del accionar del tercero o, cuando el Estado propicia un riesgo que el tercero materializa, se genera un fundamento normativo de la responsabilidad; claro está, ya no desde los presupuestos de una relación causal sino de un imperativo jurídico capaz de vincular obligacionalmente a la administración, no porque ésta haya producido el daño sino porque –debiendo y pudiendo– no hizo nada para evitarlo; o porque con su lícita actividad generó un riesgo superior. Es decir, la responsabilidad se estructura sobre la base de “contrastar el contenido obligacional que, en abstracto, fijan las normas específicas a la entidad demanda con el grado de cumplimiento en el caso concreto”<sup>43</sup> o, de verificar la materialización por otros, de un riesgo inherente a la actividad del Estado.*

*Ahora bien, partiendo del ineludible deber que le asiste al Estado de garantizar la protección de todas las personas residentes en el país; es menester señalar que por vía de esa obligación global “no le son imputables todos los daños a la vida, a la integridad física o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas, en la medida que se circunscriben a sus capacidades en cada caso concreto (...) aunque la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si, en efecto, fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían”<sup>44</sup>.*

*En ese orden de ideas, para que el daño proveniente de actuaciones exógenas le sea imputable al Estado, se requiere que existan razones de derecho que lo vinculen con la garantía de “estándares normativos funcionales fijados por el orden interno e internacional”<sup>45</sup>; de tal manera que el incumplimiento o la desatención de aquellos, acarree el deber de responder, ya sea porque se pudo comprobar una falla del servicio o, en ausencia de esta, la administración con su legítima actividad haya generado un riesgo anormal y excesivo.*

*En tal sentido, conforme al más reciente pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>46</sup>, la responsabilidad del Estado por actos violentos perpetrados por terceros, procede, bien sea a título de falla del servicio o, de un riesgo excepcional, según se desprenda de los hechos en que se geste el caso. Queda descartado, para tales eventos, la configuración de un daño especial<sup>47</sup>, porque dicho título requiere el elemento*

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 15 de octubre de 2015, exp. 35194, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de noviembre de 2015, exp. 29274. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En el mismo sentido, ya de antes la Corporación se había pronunciado: ver, entre otras: sentencia del 11 de octubre de 1990 (exp. 5737), de 15 de febrero de 1996 (exp. 9940), de 19 de junio de 1997 (exp. 11.875), de (30 de octubre de 1997 (exp.10.958) y de 5 de marzo de 1998 (exp. 10.303) y, en cuanto a la relatividad de la falla, sentencia del 10 de agosto de 2000 (exp. 11.585).

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 15 de octubre de 2015, exp. 35194, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 20 de junio de 2017, exp. 18.860 C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esta sentencia se hace todo el balance jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estados por actos violentos de terceros.

<sup>47</sup> La Sala Plena de la Sección Tercera, dejó sentado que: “Si bien el instituto de la reparación es una técnica judicial con la que se resarcen los daños antijurídicos de los asociados, siempre será necesario que exista una razón de atribución para imputarle responsabilidad al Estado por los daños padecidos por la víctima, y en el caso del título de imputación del daño especial, debe estar estructurado tanto un vínculo causal como un rompimiento del principio de igualdad, lo que determina su carácter especial y grave, y fundamenta per se la imputación; caso contrario, el juez estaría no solo desconociendo sus límites competenciales sino creando una nueva fuente de responsabilidad del Estado con base exclusivamente en el principio de solidaridad sin un juicio claro de imputación, so pretexto de brindar en sede judicial asistencia y auxilio social, lo cual es ajeno al ámbito de

causal proveniente la intervención positiva, legítima y lícita del Estado, aspecto que no se logra configurar<sup>48</sup>.

## 5.2. El riesgo Excepcional como presupuesto de responsabilidad por daños causados por actos violentos de terceros.

*En ausencia de falla del servicio, se ha considerado que la responsabilidad del Estado por actos violentos de terceros puede surgir del desarrollo de una actividad estatal que, pese a ser legítima y lícita, representa un riesgo anormal, excesivo y súper erogatorio, en términos de la exposición habitual a la que se enfrenta el ciudadano en su entorno. De esta forma, habrá lugar a aplicar el riesgo excepcional como título de imputación cuando el daño se suscite en el marco de una actividad estatal que entrañe un riesgo mayor al inherente o intrínseco a dicha labor, o que exceda lo razonablemente asumido por el perjudicado<sup>49</sup>.*

*Tratándose de **actos violentos cometidos por terceros**, la responsabilidad estatal derivada de un riesgo creado, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación, procede cuando:*

*[E]l ataque esté dirigido contra instalaciones oficiales, tales como estaciones de policía, cuarteles del Ejército Nacional -incluso si la fuerza pública reacciona o no violentamente para repeler el acto-, centros de comunicaciones al servicio del Estado, oficinas estatales, redes de transporte de combustible, o también contra personajes representativos del Estado, bajo la consideración que la presencia o ubicación de aquellos blancos en medio de la población civil los convierte en objetivos militares de los grupos armados al margen de la ley en el contexto del conflicto armado o en objetivos de ataque cuando se vive una situación de exacerbada violencia como lo son los estados de tensión o disturbios internos, lo cual pone a los administrados en una situación de riesgo potencial de sufrir daños colaterales por la misma situación desentrañada por la violencia<sup>50</sup>.*

El blanco del ataque debe recaer sobre una organización estatal y debe tratarse de un objetivo claramente identificable como del Estado, pues de lo contrario, se estaría ante ataques indiscriminados contra la población que escapan por completo a toda previsibilidad, frente a los cuales el Estado no compromete su responsabilidad<sup>51</sup>. Ahora bien, si se comprueba que la agresión iba dirigida contra una entidad oficial, el hecho de que el Estado haya actuado conforme a su deber de diligencia no lo exonera de la responsabilidad, porque lo que se le achaca no es el incumplimiento de un deber, sino la generación de un riesgo superlativo.

---

*una sede donde se juzga exclusivamente la responsabilidad de una de las partes convocadas al litigio". Ibid.*

<sup>48</sup> La Sala Plena se pronunció al respecto, en los siguientes términos: "aunque la causalidad preexiste a la configuración del daño, de todas maneras permite explicar las razones por las cuales se lo debe imputar al Estado, con lo que no puede estructurarse, en casos de actos de terrorismo, la imputación sin una relación causal válida, pues solo en virtud de esta se puede comprobar la gravedad y especialidad del daño y, por ende, justificar la imputación". Ibid.

<sup>49</sup> Ibid. párr. 15.1. Sobre la diferencia entre riesgo excepcional y riesgo social, ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de diciembre 5 de 2006, rad. 28.459, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, con aclaración de voto del magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>50</sup> Ibid. párr. 15.2 y 15.3.

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 2003, rad. 12.916 y 13.627. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

*Corolario de lo expuesto, cuando se debate la responsabilidad estatal por daños ocasionados por actos violentos perpetrados por un tercero, se debe verificar prima facie la existencia de una falla del servicio, la cual se mira a la luz de los deberes internos, como también, aquellos contraídos en el plano internacional. Descartada aquella, la posibilidad que resta para consolidar la responsabilidad pública, es a través de la verificación de un riesgo excepcional, en los términos ya descritos.*

### **5.1.3. Atentados ocurridos en el marco del conflicto armado, a la luz del derecho internacional e interno<sup>52</sup>.**

La Asamblea General de las Naciones Unidas, con el ánimo de unificar el concepto de terrorismo para su uso en posteriores pronunciamientos, así como para fortalecer la lucha para su prevención y represión, lo definió como acto “con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos<sup>53</sup>”.

Con fundamento en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas 2002, esto es la protección de los derechos enunciados, entre otros, a la seguridad -artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- y reconociendo la necesidad de enfrentar las amenazas que el terrorismo conlleva, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el marco de la Convención Americana contra el Terrorismo del 3 de junio de 2002, en su artículo 2º, si bien no integra un concepto, sí indica los instrumentos internacionales aplicables para establecerlo: i) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; ii) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; iii) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el

---

<sup>52</sup> Ver sentencia de 16 de agosto de 2018, exp. 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719), Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>53</sup> De ahí que el mismo sea replicado en la resolución 51/210 aprobada el 16 de enero de 1997 por la Asamblea, enfática en condenar los métodos, prácticas y actos terroristas, sin que se distinga sobre el lugar, el contexto o sus autores, penalizados por el Derecho Internacional Humanitario como una infracción al artículo 4 y 13 del Protocolo II del Convenio de Ginebra y tipificado como crimen de guerra por el Estatuto de Roma –Art. 8.2 a)-. Declaración de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, anexa a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, 17 de febrero de 1995. **Artículo 8 Estatuto de Roma. Crímenes de Guerra.** (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra://a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) El homicidio intencional; ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal; viii) La toma de rehenes (...).

14 de diciembre de 1973; iv) Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por el 17 de diciembre de 1979; v) Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980; vi) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; vii) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; viii) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, adoptado en Roma, el 10 de marzo de 1988; ix) Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997 y x) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado el 9 de diciembre de 1999<sup>54</sup>.

El 8 de septiembre de 2006, Naciones Unidas, aprobó la “*Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo*”, en la que, además, de reiterar la necesidad de llegar a un consenso internacional en temas relativos a la definición jurídica de terrorismo y el alcance de los actos abarcados, así como de las obligaciones exigibles a los estados; se insiste, además, en la condena al “*terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de quién lo cometa y de dónde y con qué propósitos, puesto que constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales*”<sup>55</sup>.

Ahora bien, definido el tratamiento de la comunidad internacional, la legislación interna tipifica entre los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y contra la seguridad pública, el “*que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la integridad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos*”-art.343 Código Penal-; así mismo quien “*con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla* (...)”-art.144 íbidem-”.

También, la jurisprudencia de esta Corporación ha mostrado su preocupación por consolidar una definición que permita analizar de manera clara y uniforme la responsabilidad del Estado en materia de actos terroristas, bien sean perpetrados por grupos de delincuencia común o insurgentes en el marco del conflicto armado interno. Así, ante el atentado contra un tramo del oleoducto Trasandino, de propiedad de Ecopetrol en el

---

<sup>54</sup> Convención Interamericana contra el Terrorismo, ratificada en Colombia por Ley 1108 de 2006.

<sup>55</sup> Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, Asamblea General de las Naciones Unidas, 8 de septiembre de 2006.

municipio de Ricaurte – Nariño, en sentencia del 11 de diciembre de 2003 se sostuvo que:

*“si bien no se ha elaborado jurisprudencialmente una definición precisa del terrorismo, podrían considerarse como notas distintivas del concepto para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, los actos de violencia con los cuales se pretende causar un efecto psicológico de terror, sin importar quiénes sean las víctimas; utilizando medios de destrucción masiva, dirigidos contra el Estado con el fin de destruir o causar estragos, o al menos desestabilizar su organización u obtener considerables beneficios<sup>56</sup>”.*

De donde es dable extraer que, **sin distinción del daño producto del ataque ya que puede ser dirigido contra el Estado o no, el objeto último del acto terrorista se concreta en la desestabilización de la organización o institucionalidad estatal.** En consonancia con lo anterior y haciendo visible la motivación política, religiosa o ideológica inherente a este tipo de actos, en sentencia del 28 de marzo de 2010, la Sección acogió el concepto de terrorismo consensado por la Comisión Andina de Juristas<sup>57</sup>.

Siendo así, se reitera que el elemento que define el acto terrorista radica en la intención de que la violencia desplegada ejerza presión de manera que afecte la estabilidad de la organización e institucionalidad del Estado, esto si con miras a favorecer intereses políticos, religiosos o ideológicos propios del grupo perpetrador. Es así, como en decisión proferida por la subsección A de la Sección Tercera el 15 de marzo de 2017, tras una juiciosa recopilación sobre el acercamiento al concepto de terrorismo desarrollado por las organizaciones internacionales de derecho público, la legislación y jurisprudencia interna, así como la posición de la doctrina, se concluyó que **“[c]on fundamento en los conceptos y definiciones que vienen de retenerse, ha de concluir la Sala que, en aquellos casos en los cuales el atentado terrorista tiene un móvil político encaminado contra el Estado, cualquiera que sea la víctima directa, ha de entenderse que la utilización del terror aparece como un instrumento dirigido a constreñir a la población para que ejerza presión social, de forma tal que se debilite o socave la voluntad estatal y ceda ante las**

---

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Exps. 12916 y 13627.

<sup>57</sup> *“Reconoce la Sala que no se ha encontrado un concepto unívoco de terrorismo, sin embargo, es común a las distintas definiciones el elemento que ahora se resalta: el ataque a la sociedad en conjunto, que subyace como connatural al atentado terrorista. En este sentido la Comisión Andina de Juristas manifestó que el terrorismo.//(e)s un fenómeno de alcance global caracterizado por la utilización ilegal o amenaza de violencia premeditada, encubierta y sorpresiva que, a partir de un motivación política, busca sembrar el terror para establecer un contexto de intimidación, provocar repercusiones psicológicas de amplio espectro más allá de la víctima elegida como objetivo, generar pánico, producir histeria, miedo, y liquidar el orden y la autoridad en las sociedades, afectando sustantivamente el Estado de Derecho o Rule of Law. El contexto establecido permite promocionar una causa de índole político, religioso o ideológico, las cuales requieren de una accionar político. Como consecuencia de todo ello, se pone en peligro la vida, salud y bienestar de las personas, atentándose contra la paz y seguridad internacionales.//“Los protagonistas de la comisión de estos actos terroristas pueden ser miembros de organizaciones no estatales y sus cómplices, sean Estados o no, de darles apoyo o asilo. De otro lado, también están comprendidos aquellos Estados que utilizan, de modo explícito o implícito, sus servicios de inteligencia y sus agentes”* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de marzo de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, Exp. 15.591.

**pretensiones o prerrogativas exigidas por quienes acuden al terror como método de acción<sup>58</sup>** .

Así las cosas, con el fin de garantizar la vigencia del Estado Social de Derecho, y con fundamentos diversos, dirigidos a hacer imperativo el mandato del artículo 90 constitucional, en múltiples pronunciamientos ha dispuesto la reparación, siempre que en eventos como los que ahora se estudia resulte afectado un particular ajeno al conflicto. En este sentido, es del caso anotar que la Asamblea Nacional Constituyente propuso centrar el análisis de la responsabilidad estatal en la antijuridicidad del daño creado, al margen de la conducta de la administración<sup>59</sup>.

La jurisprudencia de esta corporación, respecto de la responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados en razón del ataque perpetrado por un grupo subversivo contra la Estación de Policía del municipio de Granada, Antioquia, sostuvo:

*“Es por todo lo anterior que no resulta acertada la concepción según la cual los atentados que se dirijan de manera “ciega” sin que aparezca que apunten a la representación física de una institución estatal, no permiten vincular al Estado, por cuanto -en esos casos-, la decisión del actor “terrorista” o rebelde, al atacar el elemento estructural del Estado –la población<sup>60</sup>-, busca la desarticulación y debilitamiento de las instituciones, con lo cual no hace más que poner de presente la voluntad de atentar contra la organización estatal.*

*Así las cosas, en prieta síntesis, la Sala considera que **el Estado** debe responder patrimonialmente, no porque su comportamiento pueda entenderse constitutivo de reproche, sino por la necesidad de restablecer en este caso concreto el equilibrio frente a las cargas públicas y, en tal virtud, acompañar a las víctimas injustamente ofendidas con este tipo de ataques, de forma que se garanticen efectivamente –y no en el campo de la retórica- los principios*

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de marzo de 2017. C.P. Hernán Andrade Rincón, exp.40357.

<sup>59</sup> *“Hay varias novedades dentro de este inciso, varias novedades que vale la pena resaltar por la importancia que tiene, el primero: el de que allí se consagra expresamente la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, en una norma de carácter positivo y de jerarquía constitucional, estamos hablando de los daños antijurídicos, y con esto, vale la pena que la comisión lo tenga en cuenta, porque en esta materia puede considerarse que nuestra propuesta es audaz, tradicionalmente, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad patrimonial del Estado que han venido construyendo nuestros tribunales, como ya lo mencioné, se ha elaborado a partir del juicio que se hace sobre la conducta del ente público, primero estableciendo que si esa conducta podía calificarse de culpable habría lugar a la responsabilidad, luego se fue tendiendo un tanto más a noción de falla en el servicio, que es la que actualmente prima entre nosotros, la falla en el servicio es toda, pues en términos muy generales, es toda conducta de la administración que sea contraria al cumplimiento de su obligación en los términos establecidos por la Constitución y por la ley, lo que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado solamente el ente público cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga porqué soportar ese daño”* Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Actas de sesiones de las Comisiones, Art. 90, Sesión Comisión 1, Mayo 6, pág. 4.-.

<sup>60</sup> **“La población es, en el Estado, el elemento personal, la causa eficiente y la causa material de su existencia”**. ROJAS BUENO, Gerardo. Nociones sobre Teoría del Estado. p. 64.

*constitucionales de equidad, de solidaridad y se restablezca el principio de igualdad frente a las cargas públicas<sup>61</sup>”.*

Como puede verse, la responsabilidad objetiva derivada del riesgo conflicto, aun en su interpretación más amplia, resulta aplicable al Estado y no a los particulares; concretamente, este tipo de responsabilidad ha sido endilgado al órgano de seguridad del Estado Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por su rol en el conflicto armado interno -contexto generador del riesgo-. Sin embargo esa entidad no fue demandada en el presente asunto, ni vinculada como tercero.

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por riesgo excepcional en la modalidad de riesgo conflicto, deben darse los siguientes supuestos: (1) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración que crea un riesgo; (2) El riesgo debe concretarse al punto de tener como consecuencia la materialización de un daño ocasionado; (3) El daño debe tener origen en la actuación de un tercero con la intención de desestabilizar al Estado o sus instituciones en el marco del conflicto armado; y (4) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro del régimen subjetivo de responsabilidad de la administración, esto es, la falla del servicio.

#### **En el caso bajo estudio:**

1) El Estado creó un riesgo a partir de la actividad legítima del transporte de gas, a través de un concesionario; sin embargo, el riesgo derivado de esa actividad no se concretó en el daño ni fue su causa eficiente, toda vez que no se presentó un accidente propio del transporte de gas; a pesar de ello, no puede perderse de vista otro riesgo creado por el Estado consistente en el conflicto armado interno, que para el caso *sub judice* fue el que se concretó en el ataque al gasoducto y los daños derivados de tal acontecimiento.

2) Efectivamente se concretó el riesgo conflicto consistente en un ataque violento contra la infraestructura utilizada por el concesionario para prestar un servicio.

3) El daño fue perpetrado por terceros, actores armados al margen de la ley que participan del conflicto armado interno.

4) El Tribunal Administrativo de la Guajira determinó que no se configuró falla del servicio por parte de las entidades demandadas.

No obstante la concurrencia de los anteriores supuestos, la Corporación no ha imputado responsabilidad de este tipo a las personas de naturaleza privada como lo hizo el Tribunal Administrativo de la Guajira en el presente caso, por lo tanto, no le era dable aplicar un régimen objetivo de responsabilidad derivada de la teoría del riesgo excepcional a la empresa

---

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, subsección A. Sentencia del 15 de marzo de 2017. C.P. Hernán Andrade Rincón Exp. 49357

Promigas para condenarla por los perjuicios ocasionados a las víctimas. Lo anterior, por cuanto que el régimen de responsabilidad aplicable a los particulares es el siguiente (ver 5.1.4.).

Cabe aclarar que el debate acerca de la calidad o naturaleza del bien contra el cual se dirige el ataque violento fue superado a partir del precedente contenido en la decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A. Sentencia del 15 de marzo de 2017. C.P. Hernán Andrade Rincón Exp. 49357, en el cual se sostuvo que *“no resulta acertada la concepción según la cual los atentados que se dirijan de manera “ciega” sin que aparezca que apunten a la representación física de una institución estatal, no permiten vincular al Estado, por cuanto -en esos casos-, la decisión del actor “terrorista” o rebelde, al atacar el elemento estructural del Estado –la población-, busca la desarticulación y debilitamiento de las instituciones, con lo cual no hace más que poner de presente la voluntad de atacar contra la organización estatal”*.

A partir de esta regla, el énfasis para imputar responsabilidad por riesgo conflicto se trasladó de la naturaleza del bien a la intención con la cual se produce el ataque, sin que sea indispensable distinguir entre bienes del Estado o representativos de este y bienes particulares.

Por esta razón la Sala no examinará la naturaleza jurídica del gasoducto objeto del ataque.

#### **5.1.4. Responsabilidad extracontractual de las personas de derecho privado por fuero de atracción y la condición de concesionario del Estado.**

Las empresas privadas contratistas o concesionarias del Estado pueden ser vinculadas al juicio de responsabilidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo -en virtud de la figura procesal que era conocida como fuero de atracción- por daños ocasionados a terceros en virtud de la ejecución de los respectivos contratos. Lo anterior no implica, como se dijo en precedencia, que les resulte aplicable un régimen especialísimo de responsabilidad como es el de riesgo conflicto.

La responsabilidad extracontractual de esta clase de personas de derecho privado, y que ostentan el mencionado vínculo contractual con el Estado, ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> “El artículo 82 del CCA, vigente al momento de la interposición de la demanda de reparación directa 7, establece que el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”. Con base en esta norma, el Consejo de Estado señaló que cuando se demanda una entidad pública junto con un particular que no ejerce funciones administrativas, el juez administrativo es competente para conocer del asunto en virtud del denominado fuero de atracción o factor de conexión, mediante el cual se pretende dar cumplimiento a los principios procesales de economía, eficiencia, eficacia y seguridad jurídica 8 , pero el juicio debe adelantarse con base en las normas del estatuto procesal administrativo, porque así lo dispone el artículo 83 del CCA”. Ver Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 31 de octubre de 2018, exp. 11001-03-15-000-2018-03204-00(AC), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

El precedente en esta materia consiste en extender la responsabilidad de la administración a aquellas personas de derecho privado que la han reemplazado en la prestación de un servicio, toda vez que se ha entendido que es el Estado a través de estos particulares el que sirve a los administrados, sin que le sea dable escapar a la responsabilidad derivada de esa prestación. Por lo tanto surge la solidaridad frente a las víctimas de un daño ocasionado en ese contexto.

Inclusive, la entidad de carácter privado puede ser condenada a responder por un daño aunque la entidad estatal resulte exonerada de responsabilidad<sup>63</sup>.

*En sentencia del 1 de marzo de 2018<sup>64</sup>, la Sala destacó que el fuero de atracción resulta procedente siempre que desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas<sup>65</sup>.*

*Tal circunstancia es la que posibilita al juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones formuladas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.*

*En sentencia de 30 de agosto de 2007, la Sección precisó que la circunstancia de que algunos de los sujetos vinculados al proceso sean juzgados generalmente por el juez ordinario, no excluye la competencia de esta jurisdicción por la aplicación del fuero de atracción. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público.*

Lo anterior implica que la responsabilidad que le resulta imputable a estas personas deviene de las actividades que desarrollan en virtud de la relación que tienen con el Estado, y no les resulta imputable responsabilidad por actos –violentos- de terceros al margen de su actividad. A menos, claro está, que se compruebe la participación de estos entes privados en la producción del daño, caso en el cual estarían llamados a responder frente a las víctimas.

Es importante aclarar que las empresas pueden responder bajo un régimen de responsabilidad objetivo derivado de la ejecución –y aprovechamiento- de actividades peligrosas –como el transporte de combustibles- siempre y

---

<sup>63</sup> Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de enero de 2019, exp. 05001-23-31-000-2004-04848-01(47975), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 25 de septiembre de 2013, expediente 25000-23-26-000-1997- 05033-01 (20420), CP: Enrique Gil Botero.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 43269.

cuando el riesgo que se materialice para las víctimas provenga de esa actividad. No así con respecto a un riesgo que no fue creado por la empresa, sino por el Estado y materializado por un tercero como ocurrió en el caso que se revisa.

## **5.2. La responsabilidad de los ministerios según el rol desempeñado frente al daño concretado**

### **La ausencia de responsabilidad del Ministerio de Minas y Energía por su papel como regulador del ramo y su posible responsabilidad en los casos en los que actúa como contratante**

Los ministerios han sido librados<sup>66</sup> del juicio de responsabilidad extracontractual, por carecer de legitimación en la causa pasiva, toda vez que su labor consiste en expedir las directrices generales del ramo que regulan, y no en prestar directamente los servicios o, porque no les resulta imputable el daño alegado en la demanda, por no estar contemplado en el ámbito de sus competencias alguna actividad relacionada con los hechos del caso.

Sin embargo, en aquellos casos en los que la responsabilidad del ministerio se deriva de su calidad de entidad contratante, existe un tratamiento diferente que se impone analizar si debe responder en virtud de esa posición jurídica. Por lo tanto, habrá que distinguir, cuando es demandado en una calidad o en otra.

En el caso bajo examen, el Tribunal Administrativo de la Guajira imputó responsabilidad extracontractual al Ministerio de Minas y Energía, no por ser el regulador del ramo en general, sino por tratarse de la entidad contratante en el contrato de concesión entre el Estado y Promigas para la prestación de un servicio público asociado al transporte de gas. Este hecho permite descartar la falta de legitimación en la causa por pasiva del ministerio e impone la obligación de estudiar la posible imputación de responsabilidad que le puede ser atribuida en virtud de su calidad de concedente.

Sin embargo, el *ad quem* incurrió en un yerro al imputarle responsabilidad al ministerio por daños derivados de actos violentos perpetrados por terceros, es decir, por un hecho que escapa al ámbito de aplicación del contrato de concesión y que no le resulta imputable a Promigas, ni, por ende, a la entidad pública concedente.

---

<sup>66</sup> “Pues bien, las facultades del Ministerio de Transporte relacionadas se circunscriben a la orientación, control y evaluación del ejercicio de las funciones de sus entidades adscritas y vinculadas y su participación en la formulación de las políticas, elaboración de los programas sectoriales y la ejecución de los mismos y, además, dentro de sus funciones no emerge como encargado del control de las carreteras nacionales, misión que le compete a la Policía Vial por mandato del artículo del Decreto 1344 de 1970, modificado por el artículo 4 del Decreto 2591 de 1990, por consiguiente respecto de esta autoridad nacional no habrá ningún pronunciamiento puesto que se configura una indebida representación”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de julio de 2018, exp. 76001-23-31-000-2001-04005-01(39532), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

**Lo anterior, impone la infirmación de la sentencia objeto del recurso** para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, como quiera que el Tribunal Administrativo de la Guajira se apartó de los precedentes establecidos por parte del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Por lo anterior, se invalidará la providencia del 25 de mayo de 2017, con fundamento en la causal 2 del artículo 273 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la acción de grupo instaurada por los demandantes contra Promigas y Ministerio de Minas y Energía.

## **6. Costas**

En este asunto no hay lugar a condenar en costas por cuanto el mecanismo de revisión eventual se declara fundado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 22, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO: Declárase fundado** el mecanismo de revisión eventual interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Promigas S.A. en el proceso de la referencia. En consecuencia,

**SEGUNDO: Infírmase** la sentencia del 25 de mayo de 2017, proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de la Guajira, dentro de la acción de grupo identificada con el radicado No. 44001-33-31-002-2002-00438-01, cuyo demandante es Luis Carlos Martínez y otros, la que quedará así:

«**Primero.** Revocar la sentencia del 26 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Riohacha, por las razones expuestas en este proveído.

**TERCERO:** No condenar en costas.

**CUARTO:** Cumplido lo anterior, archivar el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Presidente

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**  
Magistrada

**MILTON CHAVES GARCÍA**  
Magistrado

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Magistrado

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**  
Magistrado



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO**

**SALA VEINTIDÓS ESPECIAL DE DECISIÓN**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá D. C., dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación: 44001-33-31-002-2002-00438-01**  
**Actor: LUIS CARLOS MARTÍNEZ Y OTROS**  
**Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y  
ENERGÍA / PROMIGAS S.A. E.S.P.**  
**Referencia: REVISIÓN EVENTUAL**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala mayoritaria, me permito expresar las razones que motivan mi aclaración de voto respecto de la decisión adoptada a través de la providencia de 4 de junio de 2019, mediante la cual se resolvió declarar fundado el mecanismo de revisión eventual formulado por el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Promigas S.A. E.S.P. respecto de la sentencia

proferida en segunda instancia el 25 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo de la Guajira, dentro de la acción de grupo que cursó con el radicado 2002-00438-01, providencia que modificó parcialmente y confirmó el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Luis Carlos Martínez y otros.

Al introducir el tema relacionado con los precedentes fijados por el Consejo de Estado en materia de la responsabilidad del Estado por actos violentos o actos de terrorismo desplegados por terceros, en la página 57 de la providencia se indicó:

*“En primer lugar es de aclarar que el régimen de imputación de responsabilidad por esta clase de daños no es el de daño especial sino el de riesgo excepcional”.*

De cara a lo anterior, debo manifestar que la afirmación en comento desconoce abiertamente el criterio unificado de la Sección Tercera<sup>67</sup>, en cuanto considera que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia y no pueden constituirse como fórmulas obligadas de imputación, aunque se trate de casos con supuestos fácticos similares.

Por lo señalado, de conformidad con lo que apareciera probado en el presente proceso, bien podía aplicarse el régimen subjetivo de la falla en el servicio o, en subsidio, los títulos de responsabilidad objetiva como el daño especial y el riesgo excepcional, razón por la cual no comparto la afirmación que se realiza en la providencia materia de aclaración, ya que no es pertinente inscribir en un único título de imputación, de manera excluyente, los daños derivados de actos violentos o actos de terrorismo desplegados por los grupos subversivos en el marco de su confrontación con el Estado.

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, expediente 21.515. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Otro aspecto que motiva la presente aclaración tiene relación con lo expresado en la página 71 de la providencia, en el sentido de señalar que *“no hay lugar a condenar en costas por cuanto el mecanismo de revisión eventual se declara fundado”*, de lo que se infiere que la improsperidad del mecanismo sí conlleva la condena en costas.

Considero necesario mencionar que la regulación vigente sobre la condena en costas, contenida en el artículo 365 del Código General del Proceso, al igual que las disposiciones del derogado Código de Procedimiento Civil, señala la procedencia de la condena a cargo de *“la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”*, a lo que se agrega la remisión a los casos especiales previstos en dicho Código. Igualmente se prevé la condena en costas *“a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”*.

En estas condiciones considero que, en atención a su especial naturaleza<sup>68</sup>, el mecanismo de revisión eventual no se encuentra contemplado por la ley como uno de los trámites en los que es aplicable la condena en costas, de manera que, al margen de su prosperidad, no había lugar a efectuar ningún pronunciamiento sobre este aspecto en la providencia dictada por la Sala Especial de Decisión.

---

<sup>68</sup> La Corte Constitucional, al momento de ejercer el control al proyecto de reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en la sentencia C-713 de 2008, precisó que la única finalidad del mecanismo de revisión eventual venía a ser la unificación de jurisprudencia, razón por la cual no constituye un nuevo recurso o una instancia adicional para el proceso y no puede pretenderse a través de él un nuevo examen de aspectos que ya fueron definidos en sus respectivas instancias.

En este sentido, con el mayor respeto por la decisión en comento, de  
expresado mi aclaración de voto.

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**  
Consejera de Estado