

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

ALBERTO

MONTAÑA PLATA

PEDRO A.

ZAPATA GARCÍA

(EDITORES ACADÉMICOS)

LA RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO
DIÁLOGOS CON JUAN CARLOS HENAO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

La responsabilidad extracontractual del Estado : diálogos con Juan Carlos Henao / editores académicos, Alberto Plata Montaña, Pedro A. Zapata García ; Diana Carolina Rivera Drago [y otros]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2026.-- Primera edición.

331 páginas.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789585064553 (impreso) 9789585064492 (electrónico)

1. Henao, Juan Carlos, 1958-2024 -- Pensamiento político 2. Responsabilidad del Estado -- Conceptos -- Colombia 3. Responsabilidad administrativa -- Aspectos jurídicos -- España 4. Responsabilidad civil -- Aspectos jurídicos 5. Patrimonio (Derecho) -- Conceptos 6. Recurso contencioso administrativo -- Aspectos jurídicos 7. Justicia distributiva -- Aspectos jurídicos 8. Derecho público -- Conceptos 9. Derecho administrativo -- Conceptos 10. Responsabilidad extracontractual -- Conceptos 11. Comunidades indígenas -- Aspectos jurídicos 12. Contratos administrativos -- Aspectos jurídicos 13. Responsabilidad médica -- Aspectos jurídicos 14. Corrupción administrativa -- Aspectos jurídicos I. Montaña Plata, Alberto, editor académico II. Zapata García, Pedro Antonio, editor académico III. Rivera Drago, Diana Carolina IV. Universidad Externado de Colombia V. Título.

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. NDG

mayo de 2026

ISBN 978-958-506-455-3

E-ISBN 978-958-506-449-2

© 2026, ALBERTO MONTAÑA PLATA Y PEDRO A. ZAPATA GARCÍA (EDITORES ACADÉMICOS)

© 2026, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (+57) 601 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio del 2026

Imagen de cubierta: *Madre, joven, viejo y bodegón*, por Vicky Neumann, 2024

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Alfonso Mora Jaime

Composición: Karina Betancur Olmos

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ALBERTO MONTAÑA PLATA	MIQUEL MARTÍN CASALS
DIANA CAROLINA RIVERA DRAGO	ORIOI MIR PUIGPELAT
EDGAR CORTÉS	PEDRO A. ZAPATA GARCÍA
JAVIER TAMAYO JARAMILLO	RÉMY CABRILLAC
MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ	RODRIGO UPRIMNY YEPES
VIVIAN NEWMAN PONT	

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	II
PRIMERA PARTE	
CONCEPCIÓN Y ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	
La concepción de la responsabilidad civil de Juan Carlos Henao: mirada de derecho comparado	17
<i>Rémy Cabrillac</i>	
Los problemas circulares de la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado y la consecuente tensión y atención que representan para el juez de lo contencioso administrativo	29
<i>Alberto Montaña Plata</i> <i>Pedro Zapata García</i>	
Surgimiento, consolidación, crítica y superación del dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración española Sesgos y lecciones del derecho colombiano	69
<i>Oriol Mir Puigpelat</i>	
La intervención de la justicia distributiva en la responsabilidad civil. El paso por una puerta entreabierta	101
<i>María Cecilia M'Causland Sánchez</i>	
Reparación transformadora, atrocidades masivas y justicia distributiva: una conversación pendiente con Juan Carlos Henao	133
<i>Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
SEGUNDA PARTE	
EL DAÑO: ELEMENTO CENTRAL EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PÚBLICA Y EN LA OBRA DE JUAN CARLOS HENAO	
El daño resarcible. Notas para una definición	169
<i>Edgar Cortés</i>	
Daño, perjuicio y los confines de la tutela de la responsabilidad extracontractual	193
<i>Miquel Martín Casals</i>	

La reparación de los perjuicios inmateriales en el caso particular de las comunidades étnicas. ¿Insuficiencia de las categorías tradicionales para una reparación integral del daño?	223
<i>Diana Carolina Rivera Drago</i>	
El daño colectivo de la macro-corrupción de actos y contratos administrativos en Colombia	267
<i>Vivian Newman Pont</i>	
¿Existe la pérdida de una oportunidad en la responsabilidad médica?	309
<i>Javier Tamayo Jaramillo</i>	

La prematura muerte de Juan Carlos Henao produjo, también, una orfandad en los estudiosos profundos sobre el derecho de la responsabilidad patrimonial en general y del Estado en particular. Nos acostumbramos a leerlo, a oírlo (quienes tuvimos la fortuna), a preguntarle, a discutir con él; ahora, en las tres últimas acciones, solo podemos imaginárnoslo. Creo que esto último, a su recuerdo le gustaría.

Quiero pensar también que muchos de los homenajes que se han hecho con ocasión de su muerte le hubieran complacido, estoy convencido de que aquellos con altos tintes de rigor académico hubieran sido sus favoritos. Cada uno recuerda seres queridos y personas significativas en su vida como desea. En relación con Juan Carlos, lo he hecho, y lo sigo haciendo, como *el amigo y el maestro de derecho de la responsabilidad*.

Me siento feliz y orgulloso de haber sido uno de los tantísimos amigos (como lo refirió Rodrigo Uprimny¹) de Juan Carlos; lo estoy, también, de haber aprendido de él, a partir de muchas charlas sobre este tema, sobre el valor de la amistad, el compromiso y la lealtad que ello supone y, sobre todo, a gozar de la amistad vigente y de los recuerdos de los amigos, sin remordimientos ni rabias pese a las desilusiones. “Albert, cada quien hace lo que quiere y puede, y eso no puede afectar los recuerdos de los amigos, aunque sintamos arrepentimiento de cómo procedimos frente a ellos”, me dijo una vez.

Además, me siento muy honrado de haber sido un aprendiz de Juan Carlos sobre el derecho de la responsabilidad del Estado, del trasfondo de humanidad que yace en él, de su comprensión, no desde el alcance de una institución del derecho civil con fuertes implicaciones en el derecho administrativo, ni en atención a las implicaciones de un artículo constitucional en las dinámicas del derecho, sino como una institución que se esboza como uno de los más grandes logros del Estado de derecho y su irradiación en la institucionalidad del Estado.

Estos dos frentes que ocupan mi recuerdo de Henao motivaron, desde el momento en que empecé a asimilar su ausencia, la invitación que presentamos a varios de sus amigos a continuar con un diálogo, ahora imaginario, sobre el derecho de responsabilidad patrimonial del Estado, con el propósito de construir un libro que sirviera para hacerle un homenaje, al igual que expresar un agradecimiento intelectual fundado en la amistad.

1 En la despedida que se hizo a Juan Carlos Henao en la Universidad Externado de Colombia con ocasión de su muerte.

A quienes participaron en esta iniciativa, y a tantos otros que se quedaron por fuera, les preguntamos sobre sus diálogos con Henao, y la respuesta siempre apuntó a espacios en que se hablaba de la vida, incluso de frivolidades, e inevitablemente terminarían en tópicos sobre la responsabilidad.

Para esta tarea necesitaba un *partner*. No fue difícil encontrar a Pedro Zapata, quien, como estudioso de derecho de la responsabilidad del Estado, *fan* de Henao y en época más reciente también amigo suyo, podía contribuir con su rigor, empuje y obstinación a ayudarme a materializar este propósito, con las dificultades propias que tenía para afrontarlo en mis espacios libres, que no son muchos, en el contexto de mis responsabilidades judiciales y familiares.

Lo primero fue concebir una estructura, sencilla pero coherente, con el propósito de dialogar con Henao. Concebimos entonces dos partes: en primer lugar, asuntos generales de responsabilidad del Estado que pudieran recoger reflexiones estructurales de la materia y, en segundo lugar, asuntos relacionados con el daño en particular que, como primer elemento de análisis de responsabilidad del Estado, fue el más estudiado y, probablemente, el más querido por Henao. La composición de cada una de las partes se construyó de manera parcial y tentativa, decidimos terminar de construirla de la mano de las luces que pudieran darnos quienes decidieran participar en el proyecto; de esta forma los participantes se convertirían también en coeditores, aunque Pedro y yo nos lleváramos los créditos.

Buscar amigos de Henao no era una tarea difícil; que estos fueran estudiosos rigurosos del derecho de la responsabilidad del Estado reducía significativamente el número, aunque aún era amplio; comenzamos entonces a tocar sus puertas. Ofrezco una excusa pública a aquellos a quienes no tocamos su puerta; no existió nunca pretensión de exclusión; en algunos casos fue premeditado, pues no queríamos llamar amigos para luego construir una propuesta, sino desarrollar una estructura, previamente concebida, inspirada en una idea y un rigor, seguramente, subjetivos que tuvimos los editores; en otros casos, seguramente, hubo descuido, en estos últimos nuestras excusas son aún más sentidas.

En todos aquellos a quienes tocamos a su puerta, sin excepción, nos encontramos con amigos fascinados con la idea. Algunos declinaron por falta de tiempo (los editores fuimos obsesivos con él) y cuando ello ocurrió fue muy bello oír que escribir simulando un diálogo con Henao era una empresa que ameritaba mucho rigor y por ello el tiempo se convertía en enemigo. Otros declinaron porque, si bien se sentían conocedores del derecho de la responsabilidad y de la obra de Henao, no se sentían cómodos escribiendo sobre un diálogo de responsabilidad del Estado. Estimo honrado señalar que esto ocurrió con un puñado significativo de amigos de Henao de nacionalidad francesa; solo en ese

momento racionalicé que la gran mayoría de amigos académicos franceses de Henao son civilistas.

De esta manera quedaron quienes acá se encuentran y, como lo indiqué, sus contribuciones al proyecto comenzaron antes de entregar su escrito. Se convirtieron en efectivos coeditores porque contribuyeron a delimitar finalmente la composición de cada una de las dos partes. Por ello, nuestra gratitud adicional.

Luego vinieron los escritos, las correcciones, las ediciones, la juiciosa revisión de pares académicos, para poder presentar la siguiente estructura:

En la primera parte de este trabajo, a una caracterización sobre el concepto y la estructura de la responsabilidad del Estado, a cargo del profesor francés Remy Cabrillac, se sigue un trabajo que reflexiona sobre algunos de los problemas circulares derivados de la estructura de la responsabilidad y los retos que ello representa para adelantar los juicios sobre la responsabilidad patrimonial pública, escrito por los editores de este libro; de inmediato sigue una juiciosa reflexión del profesor Oril Mir Puigpelat sobre cómo surgió y luego se superó el dogma de la responsabilidad objetiva y el impacto de este debate en el derecho colombiano, sobre el que, como lo señala el profesor español, Henao había tenido el buen olfato de anticipar; a continuación, dos trabajos debaten ideas concretas presentadas en espacios de discusión con Juan Carlos Henao: en uno de ellos, la profesora María Cecilia M'Causland reflexiona en torno al papel de la justicia distributiva en la responsabilidad patrimonial y en otro el profesor Rodrigo Uprimny continúa un interesantísimo debate sobre la posibilidad de que existan reparaciones transformadoras, que superen los perjuicios sufridos con ocasión del hecho dañino, para un tipo caracterizado de víctimas, en el contexto del conflicto. En la segunda parte, los trabajos de Edgar Cortés y de Miquel Martín Casals sobre la noción del daño y el perjuicio y sus confines, respectivamente, inician una reflexión a la que se sigue otras particulares sobre tipos de perjuicios indemnizables, como los inmateriales sufridos por comunidades indígenas, en cabeza de la profesora Diana Rivera; el daño colectivo por eventos de corrupción y, por último, un cierre de oro con un decano de la responsabilidad patrimonial en nuestro país, el profesor Javier Tamayo Jaramillo, quien, de sus múltiples debates con Henao, nos presenta una reflexión sobre uno de los mayores quebraderos de cabeza de la responsabilidad patrimonial, la categoría de la pérdida de oportunidad y su arrojada postura sobre la inexistencia de esta institución en la responsabilidad médica.

El desarrollo de la estructura anunciada está caracterizado por una metodología precisa: continuar con una interlocución, ahora ideal, con el pensamiento y los trabajos de Juan Carlos Henao. No se trataba de escribir sobre un asunto

previamente asignado, sino de dialogar con la obra de Henao, ello es una constante de este trabajo colectivo, que en algunas oportunidades se aprecia de manera más explícita, pero siempre presente.

El trabajo que tengo el honor de presentar fue posible gracias a muchas personas, confío en no dejar ninguna por fuera: Los amigos autores de cada uno de los escritos, la calidad de ellos no es solo coherente con sus nombres sino con el propósito de amistad que nos unió para construir este trabajo; las hermanas Neumann: Vicky por facilitarnos la imagen de una de sus hermosas obras para recordar a Juan Carlos con este libro, Vivian por sus charlas preliminares que contribuyeron a darle cuerpo a este trabajo y su contribución con uno de los escritos, y Tina por su amistad y apoyo silencioso para que esto se lograra; el Rector de la Universidad Externado de Colombia, Hernando Parra Nieto, desde el primer momento en que le comenté lo que entonces era el esbozo de iniciativa, me brindó su apoyo personal e institucional para que esta pudiera materializarse; el coequipero de este trabajo, el profesor Pedro Zapata; todos los estudiosos del derecho de responsabilidad del Estado y amigos de Juan Carlos Henao que lo motivaron.

Finalmente, me tomo la vocería de la totalidad de coautores de este libro para decir: Gracias, Juan Carlos, por tu amistad e inspiración intelectual.

Alberto Montaña Plata

PRIMERA PARTE

CONCEPCIÓN Y ESTRUCTURA DE LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

RÉMY CABRILLAC*

*La concepción de la responsabilidad civil de
Juan Carlos Henao: mirada de derecho comparado*

SUMARIO

Introducción. I. Los principios generales de la responsabilidad civil. A. Los fundamentos de la responsabilidad civil. B. Imputabilidad del daño. II. La indemnización de los daños. A. Las características del daño reparable. B. Las modalidades del resarcimiento. III. Consideraciones finales. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

1. Juan Carlos Henao era sobre todo un apasionado del derecho, un apasionado de la *disputatio*, que es la esencia del *homo universitarius*. Todos sus alumnos conservan el recuerdo del luminoso desarrollo del curso y de la forma de conducirlos a un mejor descubrimiento de la norma jurídica, de su humor relevante, que les permite memorizar las soluciones más complejas.

2. Cualquier pasión puede derivar fácilmente en parcialidad. Este no fue el caso de la pasión por el derecho de Juan Carlos Henao. Las múltiples contribuciones a los congresos internacionales que realizó y sus numerosas publicaciones llevan la impronta de un rigor científico impecable. Ningún análisis doctrinal fue propuesto o criticado sin ser minuciosamente sopesado y apreciado. Las profundas convicciones de Juan Carlos Henao nunca interfirieron con el rigor técnico de su razonamiento jurídico.

3. Cualquier pasión puede fácilmente derivar en confinamiento. No fue así la pasión de Juan Carlos Henao por el derecho: lo reflejan sus trabajos, caracterizados por una notable apertura hacia el derecho comparado, lo cual impregna su obra e inspira su doctrina en la tradición de su antecesor, Fernando Hinestrosa, y especialmente de su libro, que fue un modelo en todo el mundo académico¹. Por poner sólo un ejemplo, sin duda el más emblemático, su monumental tratado sobre la indemnización del daño, *El daño*², se abre constantemente hacia los derechos de otros países latinoamericanos, el derecho español, el derecho inglés y, especialmente, el derecho francés. Juan Carlos Henao fue así marcado por el pensamiento del decano Gabriel Marty, “El interés que presenta el estudio comparativo de la responsabilidad civil es algo reconocido y subrayado

* Catedrático de la Universidad de Montpellier (Francia). Correo electrónico: remy.cabrillac@cegetel.net.

1 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones, Concepto, estructura, vicisitudes*, 2.^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

2 Juan Carlos Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

desde hace mucho tiempo. Pocas materias se prestan tanto a la aplicación del método comparativo”³.

4. Cualquier pasión puede fácilmente derivar en exclusivismo. Este no fue el caso de la pasión por el derecho de Juan Carlos Henao. Cualquier que sea su dominio de la técnica jurídica, Juan Carlos Henao supo hacer suyo el lema de Rabelais, que fue, como Juan Carlos Henao, profesor en mi Universidad de Montpellier, para quien “La ciencia sin conciencia es sólo ruina del alma”. Juan Carlos Henao puso constantemente el derecho al servicio del Hombre, la norma jurídica al servicio de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana.

5. Estas cualidades impregnan naturalmente su visión de la responsabilidad civil, ya se trate de los principios generales de la responsabilidad civil (I) o de la indemnización por daños (II).

I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Los principios generales de la responsabilidad son inmemoriales, y Juan Carlos Henao saluda su mantenimiento en los proyectos de reforma colombianos o franceses: “[E]n los proyectos se conserva la estructura milenaria de la responsabilidad civil. Los elementos de la responsabilidad civil son similares a los que siempre han existido”⁴.

Sin embargo, los fundamentos de la responsabilidad civil (A) y la imputabilidad del daño (B) han conocido importantes novedades, sobre los cuales Juan Carlos Henao tiene su ojo sabio.

A. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Para Juan Carlos Henao, la base de la responsabilidad es la “teoría que justifica el deber de reparar”⁵. Los desarrollos que ha experimentado el derecho francés desde el siglo XIX afectan también al derecho colombiano y su comparación no ha dejado de estimular sus reflexiones.

3 Gabriel Marty, *La responsabilidad civil en el derecho comparado*, ed. Olejnik, 2019 (el libro *La responsabilité civile en droit comparé* fue publicado en 1962).

4 “Rapport de synthèse”, en *La réforme de la responsabilité civile extracontractuelle, perspectives comparées franco-espagnoles* (dir. R. Cabrillac), PU Montpellier, 2022, p. 150 (el artículo de Juan Carlos Henao es en francés, todas las traducciones son personales).

5 *Ibid.*, p. 144.

8. El principio de responsabilidad por culpa, consagrado en el artículo 1382 del Código Napoleónico, convertido en artículo 1241 del Código Civil desde el cambio de número introducido por la reforma del 10 de febrero de 2016, dominó en Francia desde 1804: somos responsables del daño causado por nuestra culpa.

El desarrollo de la maquinaria y del automóvil y la evolución social llevaron a la jurisprudencia francesa, desde finales del siglo XIX, a establecer la responsabilidad basada en el riesgo⁶. Los fundamentos de la responsabilidad civil están hoy fragmentados en nuestro derecho. El proyecto francés de reforma del derecho de la responsabilidad civil, de marzo de 2017^[7], consagra esta evolución, manteniendo junto a un principio general de responsabilidad por culpa con una formulación casi inalterada (art. 1241), un principio general de responsabilidad por las cosas bajo su custodia, enriquecido con soluciones surgidas progresivamente de la jurisprudencia (arts. 1245 y ss.).

9. La misma evolución caracterizó al derecho colombiano. Si el artículo 2341 del Código Civil establece que “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, el artículo 533 del proyecto de reforma⁸ añade que “El que con dolo o culpa infiere daño a otro, es obligado a la indemnización. Se es responsable no solo por su acto, sino también por su negligencia o su descuido”.

Sobre todo, el artículo 553 del proyecto establece que los daños producidos por una actividad peligrosa deberán ser reparados, sin tener en cuenta si hubo o no falta en la operación o ejercicio de la actividad.

La definición colombiana de actividad peligrosa se basa no en un enfoque teórico sino en una enumeración práctica: “Estímense actividades peligrosas aquellas en que se emplean máquinas, instrumentos, aparatos, energías o sustancias que ofrecen riesgos o peligros en razón de su instalación, de su propia naturaleza explosiva o inflamable, de su velocidad, de su conducción o de otras causas análogas” (art. 554 del proyecto).

6 Cfr., por ejemplo, Chabas François, *Cien años de responsabilidad civil en Francia* (trad. Mauricio Tapia), Temis, 2009.

7 <https://www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/projet-reforme-du-droit-responsabilite-civile> (una traducción en español, realizada por Pedro Robles Latorre y Yolanda Bergel Sainz de Baranda puede encontrarse en *La réforme de la responsabilité civile extracontractuelle, perspectives comparées franco-espagnoles*, cit., pp. 153 y ss.).

8 Proyecto de Código Civil de Colombia, reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio: http://www.derecho.unal.edu.co/fileadmin/Codigo_Civil/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primer_Version_Digital.pdf.

10. En el derecho colombiano, como en el derecho francés, la responsabilidad por riesgo ha evolucionado de acuerdo con los avances técnicos y sociales, ya no es el momento de la responsabilidad basada únicamente en la culpa.

Juan Carlos Henao defendió este surgimiento de la responsabilidad por riesgo, en nombre de una mejor compensación para la víctima, preocupación humanista que impregna sus concepciones del derecho de responsabilidad. En esto aprueba los desarrollos previstos, en una visión técnica inmersa en una perspectiva histórica y sociológica: “La responsabilidad subjetiva, tal como la conocemos, evoluciona cada vez más hacia otros mecanismos que permiten a menudo una reparación más eficaz de las víctimas. Cuanto más desarrollado es un país, menos necesidad tiene de una responsabilidad civil concebida de forma clásica”⁹.

11. Pero la finura del análisis de Juan Carlos Henao no se equivoca: detrás de lo que muchos autores han podido llamar el *declive de la culpa*¹⁰, detecta el matiz, la culpa está lejos de haberse borrado ante el riesgo, permanece presente, incluso renacida¹¹. Excelente conocedor del derecho francés, supo subrayar al servicio de su manifestación el papel de la culpa de la víctima en nuestro derecho, o la importancia del papel reconocido a la culpa en el sistema de indemnización de los accidentes de tránsito.

Juan Carlos Henao era un jurista demasiado erudito para contentarse con atajos, captando así la responsabilidad civil en su rica, conmovedora y a veces esquiva complejidad¹². Esta percepción se encuentra naturalmente en la aprehensión de la imputabilidad del daño.

B. IMPUTABILIDAD DEL DAÑO

12. Como observa Juan Carlos Henao, “la imputabilidad del daño, como elemento de la responsabilidad civil, busca establecer el vínculo de causalidad entre el daño y el hecho dañoso y, luego, entre éste y el autor del hecho daño”¹³.

Si la noción de *imputabilidad del daño* es importante, en general, en los derechos de los países latinoamericanos, es fundamental en el pensamiento de Juan Carlos Henao, lo cual le permite diferenciarse del enfoque tradicional francés:

9 “Rapport de synthèse”, cit., p. 126.

10 G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 53, 1965, prol. A. Tunc.

11 Cfr. P. Le Tourneau, “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)”, *RTDCiv*, 1998, 505.

12 Cfr., por ejemplo, *Flexibles notions, La responsabilité civile* (dir. D. Fenouillet), Panthéon-Assas, 2020.

13 “Rapport de synthèse”, cit., p. 137.

“Una de las críticas que hemos hecho a la presentación de los elementos de responsabilidad realizada por los hermanos Mazeaud consiste en decir que hablan de un único nexo causal: entre la culpa y el daño. Sin embargo, consideramos que los vínculos de causalidad que se presentan en el curso de la responsabilidad son múltiples: no sólo entre el daño y el hecho(s) dañoso (primer vínculo importante), sino también entre aquéllos y el autor o autores del hecho dañoso (segundo enlace importante)”¹⁴.

La noción de *imputabilidad* tal como la pensó Juan Carlos Henao engloba dos cuestiones que el derecho francés distingue: la del vínculo causal y la de las causas de exoneración.

13. En cuanto a la cuestión de la relación causal, el derecho positivo francés se caracteriza por un silencio legislativo ensordecedor que afortunadamente la jurisprudencia ha subsanado, convirtiéndose la cuestión en una de las más delicadas y sujetas a litigios. ¿Cómo no pensar en *Crónica de una muerte anunciada*, de Gabriel García Márquez, que muestra la inextricable y misteriosa maraña de circunstancias que pudieron llevar a la muerte de un hombre? Juan Carlos Henao señala en este sentido que “establecer el nexo causal es el elemento más difícil de identificar en toda la responsabilidad civil, ya que es un concepto basado en la estadística, en conjunción con la epistemología e incluso la filosofía”¹⁵. Estas dificultades explican sin duda el silencio del proyecto de reforma colombiano en esta materia.

Si el proyecto de reforma francés recuerda que “la responsabilidad presupone la existencia de una relación de causalidad entre el hecho imputable al demandado y el daño”, añadiendo que “la relación de causalidad se establece por cualquier medio” (art. 1239), parece particularmente poco ambicioso. De hecho, el proyecto francés no discute las sutilezas de las soluciones jurisprudenciales desarrolladas en los últimos años que admiten un vínculo causal basado en presunciones serias, precisas y consistentes, por ejemplo, entre la vacuna contra la hepatitis B y determinadas patologías¹⁶. Juan Carlos Henao critica, con razón, este laconismo del proyecto: “las fórmulas son bastante amplias y vagas”¹⁷.

14. La cuestión de las causas de exoneración está naturalmente ligada a la cuestión de la imputabilidad del daño, de acuerdo con Juan Carlos Henao: “[I]ndependientemente de saber si dichas causas sólo justifican la culpa, suponen

¹⁴ Ibid., p. 136.

¹⁵ Ibid., p. 138.

¹⁶ Ex. Cass. 2da civ., 25 nov. 2010, *RTDCiv*, 2011, 134, obs. P. Jourdain –cf. J.-S. Borghetti, “Contentieux du vaccin contre l’hépatite B: au bon plaisir des juges”, *D.* 2018.409.

¹⁷ “Rapport de synthèse”, cit., p. 138.

que el hecho dañoso no es imputable al responsable sino al hecho que contiene la causa de exclusión”¹⁸. Ya sea bajo la ley francesa o la colombiana, las causas tradicionales de exoneración se basan en la fuerza mayor¹⁹. Los proyectos de reforma conservan una definición similar basada en la trilogía identificada por la jurisprudencia francesa a lo largo de los años: el hecho exonerante debe ser imprevisible, irresistible y externo a las partes (art. 1253 del proyecto francés; art. 596 del proyecto colombiano).

El ojo agudo de Juan Carlos Henao percibe el tema contemporáneo de la cuestión, la famosa cuestión del riesgo de desarrollo²⁰. Si el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo el hecho dañoso no permitía evitarlo, ¿puede exculparse al autor del daño? Juan Carlos Henao observa la timidez de los proyectos de reforma francés y colombiano y, por otra parte, elogia la audacia del proyecto español que prevé introducir el riesgo de desarrollo como causa de exención general (art. 5193-3^[21]).

El derecho de la responsabilidad, que está en el centro de las preocupaciones humanas, no puede soslayar los desafíos tecnológicos de la sociedad contemporánea, en lo que respecta a los fundamentos de la responsabilidad civil, como acabamos de ver, pero también al resarcimiento de los daños.

II. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS

15. Evocar la reparación implica, en primer lugar, observar que la reparación ya no aparece hoy como la única función de la responsabilidad civil²². Como lo observa Juan Carlos Henao, “surge nuevamente la cuestión del carácter punitivo o restitutorio de la responsabilidad”²³.

Si bien parece abierto a una evolución en la materia, Juan Carlos Henao lanza una mirada crítica, a través de una posible admisión de una multa civil por

18 *Ibid.*, p. 138.

19 Sobre la fuerza mayor en derecho francés, *cfr.*, por ejemplo, P. Malaurie, L. Aynés y P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Defrenois, 13.^a ed., 2024, n.º 126.

20 Sobre esta cuestión, *cfr.*, por ejemplo, P. Brun, *La responsabilité civile extracontractuelle*, 6.^a ed., Lexis-Nexis, 2023, n.º 775 y ss.

21 “Art. 5193-3. Causas de exoneración: 1. Son causas de exoneración de la responsabilidad civil en todo [...]”.

(b) Los riesgos del desarrollo, excepción hecha de los daños ocasionados a la vida, y a la integridad física y psíquica [...].”

22 Sobre esta diversificación en derecho francés, *cfr.*, por ejemplo, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *Les obligations*, Dalloz, 13.^a ed., 2022, n.º 907 y ss.

23 “Rapport de synthèse”, *cit.*, p. 125.

el proyecto de reforma francés (art. 1266-1 del proyecto)²⁴: “Por el sistema jurídico del derecho continental, el cambio del derecho francés en esta dirección es sorprendente, porque Francia siempre había sido presentada como la guardiana del carácter restitutorio y no punitivo de la responsabilidad civil. Esta siguió siendo una de las diferencias más importantes con el sistema anglosajón”²⁵.

Mas allá, para reflexionar sobre el tema es necesario presentar las características del daño (A) antes de exponer las modalidades de resarcimiento (B).

A. LAS CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO REPARABLE

16. Juan Carlos Henao se centró principalmente en las condiciones necesarias para que el daño fuera reparable, lo cual muestra el interés y las dificultades de una visión comparada²⁶.

17. El daño debe ser primero cierto, condición que no excluye, en principio, a ciertos elementos como la indemnización por daños futuros o la indemnización por la pérdida de una oportunidad. Como lo dice el artículo 1236 del proyecto francés de reforma, “El perjuicio futuro es indemnizable siempre que sea consecuencia de una prolongación cierta y directa de un estado de cosas actuales”. El artículo 1238 añade que “Solo constituye una pérdida de oportunidad indemnizable la desaparición actual y cierta de una eventualidad favorable”. Estas soluciones son aprobadas por Juan Carlos Henao.

18. El segundo requisito, que el daño deba ser personal, plantea hoy más interrogantes. La jurisprudencia francesa había fijado esta condición y, naturalmente, el proyecto de reforma la recoge. Sin embargo, Juan Carlos Henao muestra cómo esta exigencia se ha relajado en el derecho francés con el desarrollo de las acciones colectivas y la reparación del daño ecológico²⁷.

En este tema de emblemática actualidad, la ley colombiana había sido precursora al introducir una acción en beneficio de “cualquiera persona del pueblo”, según la redacción original, por los daños causados a “camino, plazas u otros lugares de uso público” (artículo 1005), prefiguración de tomar en cuenta la

24 “En materia extracontractual, cuando el autor del daño ha actuado deliberadamente con culpa con la intención de obtener una ganancia o un ahorro, el juez podrá condenarle, a petición de la víctima o del ministerio fiscal y mediante una decisión especialmente motivada, al pago de una multa civil.”

25 Ibid., p. 126.

26 Cfr. J. C. Henao, “De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios”, en *Responsabilidad civil, derechos de seguro y filosofía del derecho. Libro de homenaje a Tamayo Jaramillo*, Medellín, 2011, pp. 139 y ss.

27 Por ejemplo, R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 16.^a ed., 2024, n.º 324 y ss.

protección del medio ambiente a través del mecanismo de responsabilidad civil por el que siempre hizo campaña Juan Carlos Henao²⁸.

B. LAS MODALIDADES DEL RESARCIMIENTO

19. Reparar el daño constituye sin duda la encuadernación en la que encaja toda la obra doctrinal de Juan Carlos Henao. Luego nos centraremos en el principio de reparación integral y sus límites²⁹.

20. El principio de reparación integral, que nos recuerda Juan Carlos Henao, está inspirado, entre otras cosas, en el precepto insertado en la Ley del Talión, ojo por ojo, diente por diente, añadiendo que “por más aterrador que parezca en nuestro tiempo, este principio es probablemente el estándar más importante y revolucionario en la larga historia de la responsabilidad”³⁰.

Juan Carlos Henao observa que las diferencias técnicas que separan las diferentes leyes de responsabilidad civil en todo el mundo son escasas. El principio de reparación integral se basa en una ficción, formulada de manera similar, como se afirma, por ejemplo, en el artículo 1258 del proyecto de ley francés: “La reparación tiene como objetivo reponer a la víctima en la situación en la que se encontraría si no se había producido el hecho perjudicial”.

Si bien este principio se convirtió, para Juan Carlos Henao, en una “garantía que protege no sólo el orden público y el interés general”³¹, esto no le impidió cuestionar el valor legislativo o constitucional que se le debe otorgar, para precisar las excepciones que se les pueda anteponer.

21. De hecho, pueden aparecer divergencias entre las diferentes legislaciones en cuanto a los límites que las partes pueden prever al principio de reparación integral. Juan Carlos Henao parece aprobar la creciente libertad concedida a las partes para ajustar, o incluso limitar, este principio, siempre que se establezcan ciertas salvaguardias, en particular la intangibilidad de la indemnización por daños corporales. La potenciación y sacralización del daño corporal, extensión de la sacralidad de la persona humana, que el proyecto de reforma francés perfila en particular (arts. 1267 y ss., en una sección especial consagrada a los daños corporales), es en este sentido aprobada por Juan Carlos Henao.

28 J. C. Henao, “La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en el derecho colombiano y francés”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Libro en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. III, Civitas, 2003, n.º 120.

29 M.-S. Bondon, *Le principe de réparation intégrale du préjudice, Contribution à une réflexion sur l'articulation des fondements de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, prol. R. Cabrillac.

30 “Rapport de synthèse”, cit., p. 125.

31 Ibid., p. 131.

III. CONSIDERACIONES FINALES

22. La evolución de las leyes de responsabilidad civil en todo el mundo alimenta la reflexión que Juan Carlos Henao ya había iniciado hace décadas sobre la responsabilidad civil.

Quizás hayan planteado dudas: “¿La responsabilidad civil se está desvaneciendo o simplemente se está adaptando a las nuevas dinámicas de la modernidad? ¿Desaparecerá la importancia que siempre hemos dado a la responsabilidad civil como pilar fundamental que influye en el comportamiento social?”³². No se trata de dudas marcadas por el pesimismo ante una evolución que conduciría inexorablemente a la desaparición de un mundo ideal. No hay un “antes todo era mejor” en el pensamiento de Juan Carlos Henao, quien por el contrario recurre a los cambios contemporáneos para concebir mejor lo que podría ser la responsabilidad civil en el futuro, sus funciones y sus fines.

Como lo decía, “Es regla natural de toda sociedad, corroborada históricamente, que la reacción frente a los daños sufridos sea garantizada por el ordenamiento jurídico, que se proceda a su reparación como alternativa para la convivencia social”³³.

BIBLIOGRAFÍA

- Bondon, Marie-Sophie, *Le principe de réparation intégrale du préjudice, Contribution à une réflexion sur l'articulation des fondements de la responsabilité civile*, PUAM, 2020.
- Brun, Philippe, *La responsabilité civile extracontractuelle*, 6.^a ed., LexisNexis, 2023.
- Cabrillac, Rémy, *Droit des obligations*, 16.^a ed., Dalloz, París, 2024.
- Cabrillac, Rémy, *La réforme de la responsabilité civile extracontractuelle, perspectives comparées franco-espagnoles* (dir. R. Cabrillac), PU Montpellier, 2022.
- Chabas, François, *Cien años de responsabilidad civil en Francia* (trad. de Mauricio Tapia), Temis, 2009.
- Fenouillet, Dominique, *Flexibles notions, La responsabilité civile*, ed. Panthéon-Assas, París, 2020.

³² Ibid., p. 126.

³³ J. C. Henao, *El daño*, cit., p. 27.

Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones, Concepto, estructura, vicisitudes*, 2.^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Le Tourneau, Ph., “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)”, en *RTDCiv*, 1998.

Malaurie, P., Aynés, L. y Stoffel-Munck, P., *Droit des obligations*, 13.^a ed., Defrenois, París, 2024.

Marty, Gabriel, *La responsabilidad civil en el derecho comparado*, ed. Olejnik, 2019 (el libro *La responsabilité civile en droit comparé* fue publicado en 1962).

Terré, F., Simler, P., Lequette, Y., Chenédé, F., *Les obligations*, 13.^a ed., Dalloz, París, 2022.

Viney, Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 53, 1965.

ALBERTO MONTAÑA PLATA*

PEDRO ZAPATA GARCÍA**

*Los problemas circulares de la estructura
de la responsabilidad patrimonial del Estado y
la consecuente tensión y atención que representan
para el juez de lo contencioso administrativo*

SUMARIO

Introducción. I. Los problemas circulares de la responsabilidad patrimonial del Estado. A. Sobre la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado. B. El constante desbarajuste de los elementos de la responsabilidad patrimonial. 1. El daño. 2. La causación. 3. La imputación. II. Advertir perplejidades no impide resolver de fondo, pues la inacción no es una opción. A. El juez de lo contencioso administrativo, artífice y espectador de la responsabilidad patrimonial, resuelve casos, toda vez que se trata de hacer frente a problemas de justicia, no de respetar la (inexistente) integridad de una institución jurídica. B. Resolver comporta, en no pocas ocasiones, desbarajustar más los disputados elementos de la responsabilidad patrimonial. III. Consideraciones finales. Bibliografía

RESUMEN

La estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado está en constante discusión. Sus elementos estructurantes, con numerosos puntos de coincidencia, coexisten como una amalgama que se hace más tangible y desafiante cuando el juez de lo contencioso administrativo los opera. La labor de administrar justicia profundiza, en no pocas ocasiones, el desbarajuste de estos elementos, pues se trata de resolver conflictos, no de dejar incólume una estructura cuyos rasgos móviles permiten que sus columnas se entrecrucen.

INTRODUCCIÓN

El Estado es un sujeto responsable. Es un sujeto de derechos y obligaciones que responde patrimonialmente en atención a unos elementos estructurantes del deber de reparar el daño, hoy constitucionalizados en el artículo 90. Hasta aquí llegan los acuerdos. En lo demás, inician pronto los desencuentros y las lecturas dispares que se diluyen en posiciones doctrinales y jurisprudenciales diversas. Más allá de la existencia de una obligación indemnizatoria de reparar el daño es difícil encontrar lecturas pacíficas sobre lo que se requiere para que nazca la referida obligación en cabeza del Estado.

* Doctor en Derecho Público de la Universidad de Bolonia (Bolonia, Italia). Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Magistrado del Consejo de Estado. Correo electrónico: alberto.montana@uexternado.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4024-8428>.

** Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Barcelona (España). Profesor de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Magistrado auxiliar del Consejo de Estado. Correo electrónico: pedro.zapata@uexternado.edu.co.

La responsabilidad patrimonial pública tiene una estructura rebatida, sin mayores acuerdos sobre todos sus elementos, pero es una estructura con unos elementos estructurantes sin los cuales, conceptualmente, no podría desplegarse y prestar su concurso para resolver problemas de justicia. Esto es, a pesar de la diversidad de aproximaciones, día a día se presentan y resuelven demandas en las que se pretende que el Estado sea declarado responsable. Esta constatación podría llevar a imaginar la presencia de un esqueleto o de una armadura central, un núcleo irreductible, sobre el que se erigen unos requisitos mínimos indispensables; no obstante, ello resulta de difícil comprobación (más allá de la necesidad del daño –con todo y que su conceptualización también resulte problemática).

Los desacuerdos sobre la forma en la que la responsabilidad patrimonial debe operar están inmersos y, a su vez, crean problemas circulares y vacilantes en el interior de esta institución jurídica. De igual manera, originan trampas conceptuales para quienes se ocupan de resolver asuntos con pretensiones indemnizatorias en contra del Estado¹.

A propósito de estas trampas conceptuales, quizás no sea tan problemático caer (pues ello resulta inevitable) como no salir de ellas. Permanecer en la trampa no es una opción para un juez que tiene que resolver una disputa, aunque con ello reconstruya y modifique la estructura conceptual sobre la que opera, y aunque con ello origine nuevos retos para los futuros entendimientos, pues se trata de administrar justicia.

En este trabajo no nos referiremos a problemas que tienen una naturaleza típicamente procesal (como los límites del juez de la segunda instancia para volver a estudiar todos los perjuicios cuando solo se ha apelado la responsabilidad, y los retos que esto significa frente al alcance de la apelación y la congruencia de las sentencias, o problemas como los que se desprenden de la ausencia de un daño y la falta de legitimación en la causa de una entidad pública). Nos ocuparemos de otros elementos, propios de la estructura de la responsabilidad del Estado; de allí que sea necesario, primero, presentarlos, para luego constatar el desbarajuste que ocasionan en ámbitos diversos (1); solo entonces podremos analizar cómo el juez, a pesar de advertirlos, identificarlos y de estar en su día a día, tiene la

1 “Tratar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública impone, en estos momentos, un esfuerzo adicional de reflexión porque hay diversas cuestiones que no están suficientemente consensuadas doctrinal y jurisprudencialmente. [...] se percibe una cierta sensación de desaliento ante la constatación de que llevamos años dando vueltas a conceptos (responsabilidad objetiva, antijuridicidad, funcionamiento normal o anormal [...]) a los que no acabamos de dar un significado preciso y unívoco”. Edorta Cobreros Mendazona, “Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 213, p. 95. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.05>.

obligación de resolver, pues la inacción no es una opción, con todo, irónicamente, al hacerlo, en ocasiones desbarajusta aún más la ya vacilante estructura (II).

I. LOS PROBLEMAS CIRCULARES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

¿Qué se necesita para que una persona sea declarada patrimonialmente responsable? Además, si, como se señaló desde el fallo Blanco, “la responsabilidad que incumbe al Estado no puede ser regida por los mismos principios que están establecidos en el Código Civil [y tiene además] reglas especiales”, acaso ¿los elementos para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado son diferentes de aquellos propios de la responsabilidad de derecho común?

La respuesta a estos dos interrogantes, que han ocupado ampliamente la atención de la doctrina y de la jurisprudencia, trae aparejada una multiplicidad de posiciones (de las que acá solo apuntaremos, de manera parcial y a grandes rasgos, algunas breves consideraciones, pues nos interesa establecer su carácter más que su fisonomía). Las diversas perspectivas tienen que ver, las más de las veces, con problemas relacionados con la estructura misma de la responsabilidad patrimonial y con el hecho de que sus elementos se entrecruzan, al punto de colapsar.

Con la intención de identificar algunos problemas circulares de la responsabilidad patrimonial del Estado, primero observaremos su estructura (A), y luego nos ocuparemos de identificar cómo esta ordenación, en ocasiones, se dobla sobre sí misma, a tal punto que impide reconocer la existencia individualizada de los elementos estructurantes (B).

A. SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Para que proceda la declaratoria de la responsabilidad patrimonial de un sujeto (sea de derecho público o de derecho privado) se requiere que concurren 4, 3 o 2 elementos, de acuerdo con diferentes autores y posiciones jurisprudenciales.

En el Tratado de la Responsabilidad Civil, Mazeaud y Tunc identifican el daño, la culpa y la relación de causalidad como los elementos centrales de la responsabilidad civil². Para otra parte de la doctrina privatista “la responsabilidad

2 Cfr. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado de la responsabilidad civil* (trad. de la 5.ª ed.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.