

DIVERSAS FORMAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA*

*Yolanda Margaux Guerra Ph.D.***

*Jairo Castro Ardila****

Universidad Libre, Bogotá D.C.

RESUMEN

El principio general del derecho que expresa: “*todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo*” permite deducir que la persona que ocasionó el perjuicio incurre en una responsabilidad civil o penal y está en la obligación de resarcir el daño causado¹. Los funcionarios que no cumplen debidamente sus obligaciones “incurren en responsabilidad” la cual puede ser de diferente naturaleza: Disciplinaria, penal, civil, política, patrimonial². Cada una de ellas trae diferentes consecuencias al Estado.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad fiscal, civil, administrativa, penal y política.

ABSTRACT

There is a general principle of law that expresses “every one who causes damage to other must repair same”. This allows us to deduct that whoever caused the damage incurs in a type of responsibility which can be: criminal, civil, administrative, fiscal, etc. and has the duty to pay for the injury and the damage. The employees of the State that do not accomplish their duties also incur in responsibility. This essay will analyze them.

Fecha de recepción del artículo: 20 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación del artículo: 30 de mayo de 2007.

* Este artículo corresponde a informe de avance de la investigación Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios. Grupo de Investigación responsabilidad del Estado, Universidad Libre sede principal. Grupo categoría A Colciencias.

** Docente investigador de la Universidad Militar Nueva Granada, Departamento de Educación, Directora del Grupo de Investigación de Responsabilidad del Estado, Categoría A, Colciencias para la Universidad Libre.

*** Docente Investigador, catedrático, ExMagistrado del Tribunal Superior, Candidato a Magíster por la Universidad Libre en el programa de Maestría de Derecho Administrativo

¹ CÓDIGO CIVIL, Título XXXIV RESPONSABILIDAD COMUN DE LOS DELITOS Y LAS CULPAS.

² SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo I, 8ª Edición de 2002 puesta al día por Daniel Hugo Martins, (Profesor de Derecho Público II y III en el Instituto Universitario de Punta del Este), reimpresión en noviembre de 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo – Uruguay.

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

KEY WORDS

Different kinds of responsibility for the State and the government: Fiscal responsibility, criminal responsibility, civil, politic.

INTRODUCCIÓN

En primera instancia se habla de la responsabilidad civil se traduce en la obligación de reparar el daño, desde el punto de vista patrimonial, por parte de su causante frente a la persona concretamente perjudicada o afectada.³

La responsabilidad penal⁴ se deriva, cuando se comete un delito y se convierte en una responsabilidad frente al Estado, impone una pena al responsable para reparar el daño social causado por su conducta ilícita, esta responsabilidad es subjetiva y personal, y solo se pregona de las personas naturales. Un mismo hecho puede originar una responsabilidad civil y penal; pero en **la responsabilidad administrativa** solo se hace alusión a la responsabilidad patrimonial de las personas públicas.⁵ Algunos funcionarios, deben de asumir la **responsabilidad política** pero ésta alcanza a un número limitado de funcionarios los cuales son denominados como gobernantes y, su

estudio, corresponde al derecho Constitucional. El nuevo alcance de la **responsabilidad fiscal** está soportado fundamentalmente en dos atribuciones, sin pretender desconocer las otras, como el control de gestión que implica una valoración que permita determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía en la administración y disposición de recursos y bienes públicos con la consecución de los resultados, fines y metas establecidos en los proyectos y programas de desarrollo económico y social⁶; como lo menciona la Corte Constitucional, la responsabilidad fiscal es el resultado de la violación de los principios de eficiencia, economía, equidad, eficacia o valoración de costos ambientales, que ocasione al patrimonio público un detrimento patrimonial⁷. En resumen, se pasó de un control fiscal numérico legal a uno más moderno que se ejerce en forma posterior y selectiva, orientado a evaluar la calidad con la cual se hace uso de los recursos y bienes públicos.

RESPONSABILIDAD ESTATAL El Estado, concretamente la administración, en desarrollo de su actividad regular, expresada en hechos, operaciones y actos administrativos o, como consecuencia de la actividad irregular de sus

³ CÓDIGO CIVIL, Título XXXIV, artículo 2341 y ss.

⁴ CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Ley 599 de julio 24 de 2000 Título III Capítulo Único.

⁵ BRITO, Mariano R., Responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, en L.J.U. tomo 111, pág 57 y ss.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

funcionarios en la organización y funcionamiento de los servicios públicos y aun en el desempeño de sus funciones, puede ocasionar perjuicios a los particulares.⁸ Aún, cuando el concepto de responsabilidad es un concepto propio del derecho civil, sus pautas generales se aplican en la responsabilidad administrativa, pero no se puede derivar de los principios del Código Civil, por que la responsabilidad estatal se sustenta, principalmente, en la falta o falla del servicio.⁹

Es de aquí que surge la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, nacida de la institución de la responsabilidad extracontractual del derecho privado, entendiéndose por tal el deber impuesto por la ley de resarcir, mediante el equivalente patrimonial, el daño producido como consecuencia de la violación de derechos del individuo, moralmente imputable a alguien.

Maurice Hauriou, sobre el tema manifiesta que: “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios .Ellas no tienen solamente un interés de orden consti-

tucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizado más o menos seguramente; hay también y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios”¹⁰.

Aún cuando tratadistas como Gustavo Penagos¹¹ aseveran que el estudio de la responsabilidad comprende la pre-contractual, la contractual, la extra-contractual, la legislativa, la judicial y la administrativa, dentro del marco del Estado moderno, se mencionan otras clases de responsabilidad como la política, la disciplinaria y la fiscal.

POLÍTICA. Es aquella que se deriva del control político previsto en la constitución de un país y

⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo - De la defensa del usuario y del administrado- 1ª edición Colombiana 1998- Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín – Colombia.

⁹ VEDEL, George, Derecho Administrativo, Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, 1980, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid- España.

¹⁰ HAURIOU, MAURICE, La jurisprudente administrativa de 1892 a 1929, t,1, París, 1919, p. 649.

¹¹ PENAGOS, Gustavo, Curso de Derecho Administrativo Tomo II , Segunda Edición 1989- Parte Especial Aumentada y Actualizada. Pag. 595 y ss.,- Ediciones Librería del Profesional – Bogotá Colombia.

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

su estudio corresponde al derecho constitucional y a la ciencia política. Como ejemplo se menciona las acusaciones y juicios que, de acuerdo con los artículos 174 y 175 de la Constitución Política Colombiana, pueden adelantar la cámara de representantes y el senado de la república contra el presidente de la república y otros altos funcionarios del Estado.

DISCIPLINARIA. Es la que resulta de la violación por parte de los servidores públicos, y en algunos casos de los particulares, de los deberes, obligaciones, inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones e impedimentos, establecidos en las leyes para el ejercicio de las actividades públicas, y que se traduce en la imposición de las sanciones que para esos casos consagra la ley. Su régimen, en el Estado Colombiano, actualmente está consagrado en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002).

FISCAL. Es la que se deriva del indebido manejo o gestión de los recursos públicos por parte de los servidores del Estado y de los particulares cuando manejan o administran recursos de esa naturaleza, y que se traduce en la obligación de esas personas de reparar los daños causados al patrimonio público mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad. En el Estado Colombiano,

esta responsabilidad es regulada por la Ley 610 de 2000).

RESPONSABILIDAD EN EL ESTADO COLOMBIANO

Evolución general. Hasta finales del siglo antepasado, también se consideraba irresponsable al Estado Colombiano. A finales del siglo XVIII se conoce una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de octubre de 1896, en la que se consagra la responsabilidad estatal en los siguientes términos: *“Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes...”*¹² Posteriormente, dichos conceptos fueron evolucionando mediante Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de febrero 05 de 1970 No. 2338 y de octubre 28 de 1976 que reitera otra de junio 28 de 1984 y que, en su momento fueron reiterados por el Consejero de Estado Hernán Guillermo Aldana Duque¹³.

APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Una vez se reconoció en Colombia la responsabilidad del Estado,

¹² RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombia Pág. 376 y ss, Novena edición aumentada y actualizada, Editorial TEMIS S.A., Bogotá – Colombia 1996.

¹³ ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo, La Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública en Colombia, estudio publicado en la obra “La Responsabilidad de la Administración Pública”, en Colombia- España-Francia e Italia, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1986, Págs. 126 a 129 y SS.

se consideró que dicha responsabilidad se asimilaba a la de los particulares, y concretamente a la de las personas jurídicas privadas, por lo cual se le sometió al mismo régimen de estas, es decir, a las normas que sobre responsabilidad consagra el Código Civil y a la competencia de la jurisdicción común. Pero como el Código Civil consagra a su vez varios tipos de responsabilidad, se presentaron en esta etapa dos períodos: la aplicación de la responsabilidad indirecta y la aplicación de la responsabilidad directa.

Responsabilidad indirecta.

Como lo muestra la sentencia del Consejo del Estado del 28 de octubre de 1976, con ponencia del magistrado JORGE VALENCIA ARANGO, la cual se ha convertido en la principal referencia jurisprudencial en materia de responsabilidad debido al análisis histórico que hace de este tema, la responsabilidad indirecta fue la que inicialmente se reconoció respecto de las personas jurídicas, tanto privadas como públicas. Esta aplicación se fundamentó en la culpa cometida por los funcionarios o dependientes de la persona jurídica cuando causaban daños a terceros en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

Teóricamente esta responsabilidad se explicó manifestando que la persona jurídica está obligada a elegir sus agentes y vigilarlos de manera cuidadosa, de modo que

si ellos incurrieran en culpa en ejercicio de sus cargos, esa culpa del agente o funcionario se proyectaba sobre la persona jurídica, la cual se consideraba que también incurría en culpa, ya fuera en la llamada culpa in eligendo (culpa en la elección) o culpa in vigilando (culpa en la vigilancia). A su vez, desde el punto de vista de los textos legales, esta responsabilidad se fundamenta en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que consagra la “responsabilidad indirecta por los hechos ajenos”.¹⁴

Como nos lo hace ver la sentencia del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1976, la aplicación de esta responsabilidad indirecta a los entes públicos fue constante desde finales del siglo pasado hasta 1939, aunque después continuó aplicándose en algunos fallos, a pesar de que se hacía alusión a otros tipos de responsabilidad.¹⁵

Responsabilidad directa. El concepto de la responsabilidad indirecta aplicada a personas jurídicas encontró algunas críticas, entre ellas: se dijo por ejemplo, que no eran aplicables al Estado los conceptos de culpa in eligendo e in vigilando, puesto que él no siempre era libre de escoger sus agentes, ya que en muchas ocasiones le eran impuestos, como sucedía cuando se trataba de funcionarios elegidos popularmente; por otra parte, se dijo que era imposible e ilógico pensar que el Estado pudiera ejercer

¹⁴ RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombia Pág. 377 y ss, Novena edición aumentada y actualizada, Editorial TEMIS S:A., Bogotá – Colombia 1996.

¹⁵ Ibidem.

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

una constante vigilancia sobre sus funcionarios. También se dijo que no era real del desdoblamiento que hacía la tesis de la responsabilidad indirecta entre la persona jurídica y sus agentes, ya que aquella no puede actuar si no por intermedio de estos, de manera que sus actuaciones comprometen directamente a la persona jurídica.¹⁶

Se considero entonces que la persona jurídica constituía, junto con sus agentes o funcionarios, una unidad, de modo que “la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, por que la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa”, legalmente ya no en los artículos 2347 y 2349, sino en el artículo 2341 del Código Civil, que consagra la llamada “responsabilidad por el hecho propio”.¹⁷

Esta aplicación de la responsabilidad directa frente a los daños causados por las personas públicas tuvo posteriormente una variante, que implicó una limitación en su aplicación, con fundamento en la llamada teoría de los órganos o teoría organicista, la cual podemos entender claramente con la siguiente cita jurisprudencial, tomada de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia obran mediante sus órganos de actuación.¹⁸ Criticando la aplicación

de la responsabilidad indirecta se considero que la persona jurídica constituía, junto con sus agentes o funcionarios, una unidad, de modo que “la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, por que la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa”. La responsabilidad directa, es decir, por hechos de los órganos, que se consideraron entonces hechos propios, se reconoció también una responsabilidad indirecta por los hechos del personal subalterno que no tenía la calidad de órgano.

ETAPA DE TRANSICIÓN

Desde 1941 comenzó a verse en la jurisprudencia Colombiana, cierto esfuerzo para someter esta responsabilidad a un régimen especial.¹⁹ Fue así como la sentencia del 30 de junio de 1941 la Corte Suprema de Justicia empezó la aplicación de la teoría de la culpa, falta o falla del servicio para fundamentar la responsabilidad de las personas publicas.²⁰

La jurisprudencia al hacer uso de la teoría de la culpa o falla del servicio, se preocupo por encontrarle un fundamento o un asidero legal, y fue así como la Corte Suprema de Justicia insistió en que dicha teoría se fundamentaba en el ar-

¹⁶ RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombia Pág. 378 y ss , Novena edición aumentada y actualizada, Editorial TEMIS S:A., Bogotá – Colombia 1996.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem

¹⁹ RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombia Pág. 379 y ss , Novena edición aumentada y actualizada, Editorial TEMIS S:A., Bogotá – Colombia 1996.

²⁰ Ibidem

título 2341 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por el hecho propio. De manera que a pesar de que se aplicaba una teoría propia del derecho público, esta teoría era sometida a normas de derecho privado.²¹

El Consejo de Estado le buscó a la teoría un fundamento legal, y aunque sí lo encontró en normas de derecho público, principalmente en los artículos 16 y 20 de la Constitución de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo, no puede afirmarse por ello que la responsabilidad del Estado estuviera sometida a un régimen total de derecho público, pues recordemos que la competencia sobre estos asuntos correspondía por regla general a la jurisdicción común y, por consiguiente, solo excepcionalmente conocía de ellos la jurisdicción contencioso administrativa.²²

APLICACIÓN AL DERECHO PÚBLICO

En cuanto a la competencia. Mediante el Decreto 528 de 1964 se atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la administración artículos 20, 28, 30 y 32, salvo los asuntos en que ventilaran cuestiones de mero derecho privado.(artículo 6)²³. La

ley misma vino a reconocer que el problema de la responsabilidad de la administración es, por regla general, un problema especial y que merece ser resuelto por la jurisdicción especializada en los asuntos administrativos. En esta forma, desde el punto de vista de la competencia para conocer de los litigios, comenzó a aplicarse a la responsabilidad de las personas públicas un régimen propio de derecho público. Actualmente esta competencia de la jurisdicción contencioso administrativa está confirmada en los artículos 82 y 128 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.²⁴

En cuanto al fondo. Desde 1941 comenzó por parte de la jurisprudencia a aplicarse la teoría de la culpa, falta o falla del servicio para fundamentar y explicar la responsabilidad de las personas públicas. Como resultado de esta tendencia, con ocasión del traspaso de la competencia general en materia de responsabilidad estatal de la jurisdicción común a lo contencioso administrativa, la aplicación de esta teoría se consolidó y se impuso a partir de la década de los años sesenta. Posteriormente, con ocasión de la Constitución Política de Colombia en el funcionamiento de la responsabilidad del estado se desplazó a la teoría de la culpa o falla del servicio hacia la del daño antijurídico.²⁵

²¹ Ibidem

²² RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombia Pág. 381 y ss , Novena edición aumentada y actualizada, Editorial TEMIS S:A., Bogotá – Colombia 1996.

²³ Ibidem

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

CLASES DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio La aplicación de esta teoría de origen francés encontró su justificación primero en que se llegó a la convicción de que ninguna de las teorías sobre la responsabilidad privada era aplicada a la responsabilidad administrativa, ni siquiera la de la teoría de los órganos. En efecto dijo la Corte en la sentencia del 30 de junio de 1962 “la tesis organicista de la división de los agentes en funcionarios, órganos, y subalternos, auxiliares para que la persona jurídica responda de manera directa solo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por la de los últimos, es artificiosa e inequitativa... O todos los agentes, cualesquiera que sea posición, atribuciones y tareas, son órganos con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecuten en el desempeño de sus cargos ... o ninguno lo es, para que la responsabilidad sea simplemente indirecta”.

Por otra parte como en otros temas de la responsabilidad administrativa comenzó a madurarse la idea de que la responsabilidad administrativa es diferente de la de los particulares y requiere, un tratamiento especial. Esta teoría se presenta cuando una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente.

Hay falta del servicio público cuando el servicio no ha funcionado (accidente en la carretera, causado por falta de señalización en una obra pública), o cuando ha funcionado mal (accidente debido a un material defectuoso, usado por la administración), o cuando ha funcionado demasiado tarde (daño causado por la lentitud administrativa en la tramitación de una reclamación).

La falla de la administración se presenta por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La responsabilidad de la administración se basa en la culpa, pero no es una culpa subjetiva, de una persona natural, sino que es una culpa anónima, funcional u orgánica. La culpa de derecho común, localizada en un agente infractor según las tesis de la responsabilidad directa, se radica en estado, configurándose la llamada culpa de la administración.

El fundamento de la misma es la constitucional se basa en los artículos 2, 4, 5, 6, 7 y 8, que consagran los principios fundamentales ; los artículos 11 al 41, que establecen los derechos fundamentales; los artículos 42 a 77, que prescriben los derechos sociales, económicos y culturales, y los artículos 78 a 82, que preceptúan los derechos colectivos y del ambiente²⁶. Además tiene un soporte legal, que se halla en el Código Contencioso Administrativo, (artículos 82 y 128 del C.C.A.).

²⁶ CONSTITUCION POLÍTICA NACIONAL de 1991.

RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA

Se presenta principal y especialmente en los eventos en que los perjuicios se causaron por actividades consideradas peligrosas, como el manejo de explosivos o armas de fuego o por la manipulación de cosas, que tengan esta calificación como la conducción de vehículos, la extensión de redes de energía, los gasoductos, las armas de dotación oficial, etc.

El autor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. El Consejo de Estado ha aplicado esta responsabilidad cuando los daños han sido causados en relación con cosas o actividades peligrosas. La entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, probando que, aunque el perjuicio fue causado por un hecho o acto de ella, la administración obró prudentemente, diligentemente, que su actuación no fue omisiva, imprudente o negligente.²⁷

La administración debe probar la ausencia de falla del servicio, por cuanto su actuación fue positiva. En este tipo de responsabilidad, la administración se exonera, probando la causa extraña como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero exclusivo y determi-

nante y no es eximente de esa responsabilidad, el caso fortuito, porque, en este caso se probaría la ausencia de culpa y como aquí se da una culpa presunta, probar su ausencia no libera la responsabilidad del Estado.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN FALTA O SIN CULPA

Tiene como elementos un hecho y un perjuicio causado por aquel; en estos casos la administración se exonera, demostrando la fuerza mayor o el hecho de la víctima, la culpa de un tercero o la existencia de un reparto igual de las cargas públicas, que no rompe el principio de la igualdad de los ciudadanos, mas no así el caso fortuito.

Las aplicaciones de esta responsabilidad objetiva, por actuaciones no culpables o sin falta, son:

Responsabilidad por Daño Especial. Se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar el Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar.²⁸

²⁷ RODRÍGUEZ R., Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano – Novena edición pág. 388-389, Editorial TEMIS - Bogotá Colombia 1996.

²⁸ RODRÍGUEZ R., Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano – Novena edición pág. 386, Editorial TEMIS - Bogotá Colombia 1996.

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

Responsabilidad por Expropiación u Ocupación de Inmuebles en Casos de Guerra. Se fundamenta en el artículo 33 de la Constitución anterior (correspondiente al artículo 59 de la Constitución actual) y es un caso de responsabilidad objetiva o sin culpa.²⁹

Responsabilidad por Riesgo Excepcional. Reconocida por el consejo de Estado Colombiano en fallos recientes. Según LAUBADERE si el riesgo llega a realizarse y ocasiona daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla de servicio.³⁰

Responsabilidad por Trabajos Públicos. Desde 1941, con la expedición del anterior código contencioso administrativo se consagró legalmente una responsabilidad objetiva de la administración por los daños causados a una propiedad particular o por la ocupación de ella, con ocasión de un trabajo público. En vigencia de la Constitución política de 1991 la jurisprudencia ha considerado que los daños producidos con ocasión de trabajos públicos constituyen un típico caso de daños antijurídicos que los propietarios no están obligados a soportar, aunque sea legítima la actuación de la administración.³¹

Responsabilidad por Depósito, Bodegaje o Almacenaje. Esta responsabilidad es objetiva en

relación con las mercancías almacenadas en bodegas oficiales. En efecto el artículo 2 del decreto - Ley 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la Ley 79 de 1931, consagra que “salvo pérdidas o daños por fuerza mayor evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje.”³²

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ANTIJURÍDICO

Como una ratificación de la autonomía del tema de la responsabilidad administrativa y de su sometimiento al derecho público, aunque ya no fundamentándose en el derecho francés si no en el derecho español, la Constitución de 1991, en su artículo 90, consagró de manera expresa la responsabilidad del Estado sobre la base del concepto de daño antijurídico.

De acuerdo a la jurisprudencia contenida en los principales fallos dictados en la primera etapa de su aplicación, puede anotarse como características fundamentales las siguientes:

²⁹ Ibidem pág. 387

³⁰ Ibidem pág. 386

³¹ Ibidem pág. 387

³² Ibidem pág. 388

- El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.
- No obstante que algunas veces se afirma que la responsabilidad por daño antijurídico es de carácter objetivo, en otras se reconoce que el daño antijurídico puede ser el efecto tanto de una causa lícita, como también de una causa lícita, por lo cual comprende, en principio los regímenes reconocidos de responsabilidad subjetiva y objetiva. Por lo mismo se ha dicho, que engloba los diferentes regímenes que la jurisprudencia había venido construyendo en materia de responsabilidad del Estado (la responsabilidad por culpa o falla del servicio).
- Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere dos condiciones: que exista un daño antijurídico y que dicho daño sea imputable a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría.
- Desde el punto de vista del derecho comparado, la responsabilidad por daño antijurídico encuentra su fundamento en el artículo 106 de la Constitución española.
- Desde el punto de vista de nuestro derecho interno actual, esta concepción de responsabilidad no solo encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución,

sino que ella armoniza con los principios de solidaridad, consagrados en el artículo 1 de la Carta Política, y de igualdad, garantizado en el artículo 13 de la misma.

- Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues no lo será aquel que no sea antijurídico, para cuya clasificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la personas tengan que soportarlo.

La imputabilidad del daño al Estado implica que debe existir un título jurídico que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública, de tal manera que dicha imputabilidad está ligada pero no se confunde con la acusación material: “Así, han dicho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que garantizan los contratos conmutativos ley 80 de 1993 artículo 28, en la extracontractual lo serán además, la falta del servicio, que es título de impugnación más frecuente, cualquiera sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal el nexo con el servicio, para citar algunas disposiciones, en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política y en el artículo 77 del Código Contencioso administrativo; la igualdad de las personas ante la ley artículo 13

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

Constitución Política entre otros; el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y al anormal funcionamiento de la administración de justicia, artículo 40 del Código de Procedimiento Civil y el 414 del Código de Procedimiento Penal, la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, principios de equidad, como el del no enriquecimiento sin causa.

Elementos. Los elementos del daño antijurídico son:

Un daño antijurídico, que es el menoscabo, perjuicio en el patrimonio o lesión de un bien jurídico tutelado expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico, que el particular no tiene por qué soportar como una carga o perjuicio especial, si no se lo exige un imperativo legal expreso.

Imputabilidad del Estado, que se refiere a que el daño se produce como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, ya sea por funcionamiento normal o anormal de la administración.

Nexo de causalidad, que es la relación de una causa a efecto, en relación u omisión del Estado en el cumplimiento de los cometidos Estatales y el daño antijurídico causado al perjudicado, es decir que el daño lo haya ocasionado el Estado.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Cuando se habla de la actuación de la administración, se hace referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas públicas, como el Estado o la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, etc., de manera que cuando hablamos de actuación administrativa, se hace igualmente a la responsabilidad de esas personas jurídicas públicas. Pero esas personas jurídicas públicas no actúan por sí solas, sino por medio de sus agentes o funcionarios; o sea, que cuando se dice que la administración actúa en realidad el que está actuando es un funcionario y es importante preguntarse si la administración debe responder por todos los daños que son causados por los funcionarios o solo por algunos de ellos.³³

Antiguamente en el sistema Colombiano, había predominado la idea de la irresponsabilidad del funcionario, es decir, que era la administración quien debía responder por los hechos perjudiciales en que incurrieran sus agentes en el ejercicio de sus funciones.³⁴

Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia francesa ha ido modelando una solución intermedia que se justifica por los inconvenientes que se presentaban. El profesor Laubadere³⁵ dice al

³³ Ibidem, pág. 394,

³⁴ Ibidem, pág. 388

³⁵ A. de Laubadere: "Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", Mélanges, Mestre,

*respecto que: “el interés general impone necesariamente una solución combinada y equilibrada: no es conveniente que la responsabilidad personal del funcionario sea siempre descartada o encubierta, pues esa ausencia de sanción estimularía sus negligencias; pero sería igualmente inconveniente que una responsabilidad excesiva y automática pusiera en peligro de paralizar sus iniciativas o aun de impedir su disposición a participar en el servicio. En el mismo sentido, una consideración de justicia elemental indica que el funcionario debe soportar las consecuencias de los hechos que él habría podido normalmente evitar”.*³⁶

La responsabilidad personal de los funcionarios públicos tiene su sustento constitucional y legal al preceptuar que son responsables de infringir la constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, art. 6 C.N. además, la ley determinara la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, art. 124 C.N. Los funcionarios públicos serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, art. 77 del C.C.A.

En el Código del Régimen Departamental³⁷ se establece que los funcionarios departamentales responden personalmente, cuando por causa de violación manifiesta

y ostensible de la ley en relación con nombramientos, elecciones y remociones, el departamento deba pagar indemnizaciones. E iguales consideraciones se consagran en el Código de Régimen Municipal³⁸.

Los jueces, los magistrados responden personalmente cuando proceden con dolo, fraude o abuso de autoridad, o cuando injustificadamente omitan o retarden una providencia o el correspondiente proyecto, y cuando obren con error inexcusable, art. 40 C.P.C.

De otro lado la concepción primitiva de la jurisprudencia fue aquella según la cual la culpa personal era aquella que podía ser apreciada sin que fuese necesario considerar la legalidad o la oportunidad de los actos o de las actividades administrativas.

La denominada falta o culpa puramente personal, o culpa independiente del ejercicio de las funciones presenta matices, unos perfectamente definidos que consisten en las culpas cometidas por los agentes administrativos en su vida privada, independientemente del ejercicio de sus funciones.

Fuera de las consecuencias relativas a la responsabilidad de sus autores, estas culpas presentan la particularidad de no comprometer normalmente responsabilidad de la administración, como que están desprovistas de todo vínculo

³⁶ RODRÍGUEZ R., Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano – Novena edición pág. 389, Editorial TEMIS - Bogotá Colombia 1996.

³⁷ Artículo. 235, Decreto Ley 1222 de 1986.

³⁸ Artículo 297, Decreto Ley 1333 de 1986.

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

con el servicio público. Se debe entender que la responsabilidad de la administración no puede ser declarada independientemente de la responsabilidad del agente sino cuando una culpa distinta de la de este último pueda ser establecida en su contra, como, por ejemplo, dejar las armas en poder de un soldado o de un agente del orden durante su permiso.

RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO FRENTE A LOS ADMINISTRADOS

La determinación de esta responsabilidad se fundamenta en la distinción entre falta o culpa del servicio y falta o culpa personal. Ya sabemos que si se presenta una falta o culpa del servicio, la responsabilidad corresponde a la administración. Pero ello quiere decir que si la falta o culpa es personal, entonces el responsable será el funcionario que incurrió en ella.³⁹

Según Laferriere, hay falta o culpa del servicio si el acto que causa el daño es “impersonal y revela a un administrador más o menos sujeta a un error” y hay falta o culpa personal si el acto revela “al hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias”. Con fundamento en la idea anterior, puede decirse que los desarrollos de la jurisprudencia han llevado a considerar que las faltas o culpas personales las siguientes:

En primer lugar, es evidente que constituyen faltas o culpas personales las cometidas por los funcionarios por fuera del ejercicio de la función.

En segundo lugar, y aquí se encuentra lo original del sistema, se considera que son faltas o culpas personales aquellas cometidas en el ejercicio de la función, pero que presentan el carácter de faltas o culpas graves o de faltas o culpas intencionales.⁴⁰

Las consecuencias que se derivan de que la falta o culpa sea personal y, por consiguiente, que la responsabilidad sea del funcionario, consisten en que salvo los casos en que se admite la acumulación de responsabilidades, será el funcionario con su patrimonio quien deberá indemnizar el daño; la actuación deberá entablarse ante la jurisdicción común, pues se asemeja a un litigio entre particulares; y finalmente, serán las reglas de la responsabilidad del derecho privado las aplicables al caso.^{41,42} Las fallas, faltas o culpas personales del funcionario se presentan cuando:

A. Se cometen por el funcionario, por fuera del ejercicio de la función pública, en su vida particular, por ejemplo: accidente causado por un empleado público que circulada en su vehículo particular, fuera del servicio.

³⁹ RODRÍGUEZ R., Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano – Novena edición pág. 395- 396, Editorial TEMIS - Bogotá Colombia 1996.

⁴⁰ Ibidem pág. 395.

⁴¹ Ibidem pág. 396

⁴² “Sobre la aplicación del concepto, véase C. de E., sent del 11 de abril de 1985, secc. 3ª, Anales, 1985, primer semestre, t. CVIII, págs 491 y ss.

B. Se cometen en ejercicio de la función pública, pero se dan por culpa grave o dolo del funcionario. En este caso el funcionario responde patrimonialmente y debe indemnizar al daño, la jurisdicción competente será la común u ordinaria y se aplicarán las normas de derecho privado, por cuanto su actividad es personal, responde como particular.

Vale la pena puntualizar que, conforme a la Ley 678 de 2001 se ha reglamentado lo referente a la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través de una serie de reglas que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- La responsabilidad podrá ser no solamente de los servidores públicos sino también de los ex servidores y de los particulares que desempeñen funciones públicas.
- Dicha responsabilidad puede determinarse a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.
- La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra de los sujetos mencionados cuando, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar al reconocimiento de una indemnización por parte del estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.
- Se entiende que la conducta es dolosa cuando el agente quiere la realización de un

hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, lo cual se presume en las siguientes conductas:

- Obrar con desviación del poder.
- Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que la sirve de fundamento.
- Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración
- Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial de estado.
- Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.
- Se considera que la conducta es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual se presume cuando se presentan las siguientes causales.
- Violación manifiesta e inexcusable de la violación de las normas de derecho.
- Carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable.
- Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administra-

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

- tivos, determinada por error inexcusable.
- Violación manifiesta e inexcusable del debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.
 - La competencia para conocer de la acción de repetición correspondiente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del juez o tribunal que haya conocido el proceso adelantado contra el Estado. Cuando el origen de la repetición sea una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, el competente será el juez o el tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto: Sin embargo, cuando la acción se ejerza contra los altos funcionarios que indican en la ley, la competencia corresponde, en única instancia al Consejo de Estado.
 - La acción debe ser ejercida por la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada, o por el ministerio público o el ministerio de justicia, cuando la primera no la haga oportunamente, caso en el cual el representante legal incurrirá en causal de destitución.
 - El procedimiento será el previsto en el C.C.A. para las acciones de reparación directa.
- El término de caducidad de la acción es de dos años, contados a partir del pago total efectuado por la entidad pública.
 - Puede existir conciliación judicial y extrajudicial.
 - La ejecución para el pago que corresponda al agente del Estado será competencia del juez que conoció de la acción de repetición, incluido el caso de conciliación judicial o será por jurisdicción coactiva, en los casos de llamamiento en garantía o conciliación extrajudicial (arts. 15 y 16).
 - El llamamiento en garantía podrá solicitarse dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado, relativos a controversias contractuales. Reparación directa u nulidad y restablecimiento del derecho, en relación con el agente respecto del cual aparezca prueba sumaria de su responsabilidad por haber actuado con dolo o culpa grave, para que el mismo proceso se decidía la responsabilidad de la administración y del agente(arts. 19 a 22).
 - En los procesos de repetición y en aquellos en que se produzca llamamiento en garantía se podrá decretar medidas cautelares de embargo, secuestro e inscripción de la demanda en las condiciones fijadas en la ley comentada y en el Código de Procedimiento Civil (arts 23 a29)⁴³.

⁴³ ACOSTA URIBE, Julio César, ex Consejero de Estado, apuntes de Clase Responsabilidad del Estado Colombiano, Programa de Derecho Público, especialización de Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás 1998; RODRIGUEZ , Germán, Ex-Consejero de Estado, Apuntes de clase de Responsabilidad Administrativa , Maestría de derecho Administrativo, Universidad Libre Bogotá Colombia 2006 y, muchos otros maestros, doctrinantes y juriconsultos estudiosos del tema.

CONCLUSIONES

El Estado Colombiano ha venido soportando una gran carga de afectación al patrimonio público en razón al desembolso de grandes montos que, con ocasión de diferentes procesos administrativos, concluyen en condenas judiciales en su contra y que responsabilizan al Estado por su actuar antijurídico.

Con la Constitución Política de 1991, dichas condenas se han acrecentado dado el contenido garantista que la misma posee⁴⁷, el aumento del daño antijurídico que se ha venido generando y, muy especialmente, al ineficiente manejo de la defensa litigiosa del Estado. Lo anterior, motivó al Ministerio del Interior y de Justicia a asumir la coordinación de los temas relacionados con la defensa

litigiosa y la prevención del daño antijurídico dando directrices a las oficinas jurídicas y, a los encargados de las representación judicial de los intereses de la administración pública nacional, acogiendo con suma atención la medida preventiva contenida en el artículo 90 de la Constitución Política⁴⁸ donde se plasma el Accionar de Repetición configurando sanción patrimonial contra el responsable del daño antijurídico. Dos grandes aspectos se deben de atender respecto de la Defensa Judicial: La prevención de no acometer daño antijurídico y, la defensa de las imputaciones sobre los posibles daños antijurídicos que se reclamen, utilizando herramientas jurídicas como la CONCILIACIÓN y, la ACCIÓN DE REPETICIÓN, temas de los cuales me ocuparé en próximas ediciones.

BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO TORRES, HECTOR DARÍO. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1991.

ARCINIEGAS, ANTONIO JOSÉ. Jurisprudencia administrativa. De la función y de los actos administrativos, tomo II, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.

ESCOBAR LÓPEZ, ÉDGAR. Responsabilidad del Estado por falla en la administración de justicia, Bogotá, Editorial Leyer, 1996.

GARCÍA ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN. Curso de derecho administrativo, Madrid, Editorial Civitas, 1981.

GIL BOTERO, ENRIQUE. Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Segunda Edición, Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2001.

⁴⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, de 1991, Artículos 6º y 90,

⁴⁸ “Artículo 90.- “... En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

Yolanda
Margaux Guerra
Jairo Castro
Ardila

GÓMEZ POSADA, JOSÉ FERNANDO. Teoría y práctica de la responsabilidad por daños del estado en Colombia. Bogotá, Editorial Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2003.

GOMÉZ SIERRA, FRANCISCO. Constitución política de Colombia. Decimoctava edición, Bogotá, Editorial Leyer, 2004.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998.

HERNÁNDEZ, ALIER. Responsabilidad Patrimonial extracontractual del estado colombiano. Bogotá, Revista Universidad Militar Nueva Granada. 2002.

LÓPEZ MORALES, JAIRO. Responsabilidad del Estado por error judicial, Ed. Doctrina y ley Ltda., Bogotá, 1996.

MARTÍNEZ RAVÉ, GILBERTO. Responsabilidad Civil extracontractual, Décima edición, Bogotá, Editorial Temis, 1998.