

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, UNA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR PERJUICIOS*

Yolanda Margaux Guerra G. Ph.D**
Ciro Norberto Guecha Ph.D***
Universidad Libre, Bogotá, D.C.

RESUMEN

La norma Constitucional colombiana, artículo 90, declara que el Estado será responsable “patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”. En consecuencia se analizan en el presente artículo las diversas formas de responsabilidad en las que el Estado puede incurrir por faltas de sus funcionarios públicos. Del mismo modo, al final serán analizadas algunas acciones que el Estado tiene sobre el actuar irresponsable de sus funcionarios.

ABSTRACT

The constitutional Colombian law, states in its article 90, that the State is responsible “with its patrimony for the damage caused by its public employees, due to lack of action, wrongful action or something of the kind”. Therefore, this essay tries to show the many different ways in which a public employee can make the State result responsible for their actions. Also, at the end, we will analyze some of the actions that the State has to protect itself from the wrongful doing or lack of action of its employees.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad del Estado, falla del servicio, *in eligendo*, *in judicando*.

KEY WORDS

State responsibility, fault in services rendered by the state, *in eligendo*, *in judicando*.

Fecha de recepción del artículo: 17 de septiembre de 2006.

Fecha de aceptación del artículo: 17 de noviembre de 2006.

* Artículo producto de investigación que los autores desarrollaron sobre el tema, Grupo Responsabilidad del Estado.

** YOLANDA M. GUERRA Ph.D. Docente investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada, Departamento de Educación. Docente investigadora de la Universidad Libre, Directora del grupo de investigación Categoría A de Colciencias “Responsabilidad del Estado”.

*** CIRO NORBERTO GUECHA. Doctorando de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador de la Universidad Libre, Instituto de Posgrados.

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

PROBLEMA

¿Cuál es el tratamiento idóneo que debe darse a la figura jurídica de la Responsabilidad del Estado?

METODOLOGÍA

Se ha hecho uso de los métodos histórico-hermenéutico y cualitativo.

INTRODUCCIÓN

Existe un principio de derecho que implica que el que cause un daño a otro debe repararlo, lo que determina que exista una obligación indemnizatoria de perjuicios por quienes los acusen a favor de los afectados¹, principio que no solamente se aplica en el derecho privado frente a los particulares, sino en igual forma en el derecho público frente al Estado.

En las anteriores circunstancias, si el Estado causa un daño a otro, nace la obligación de reparación, ya que en este sentido no existe distinción entre el Estado y los particulares, en la medida que a los dos les asiste la obligación de indemnizar perjuicios². Circunstancia diferente es que la manera como se llega a dicha reparación varíe del Estado a los particulares, y así nos vemos ante las

formas o clases de responsabilidad del Estado, que son especiales en la medida que se derivan de la actividad de éste, la cual igualmente es especial³. Así, la obligación de reparar perjuicios por parte del Estado determina que debe existir, en primer lugar, una responsabilidad de éste para que nazca la obligación de indemnizar, pues de lo contrario el elemento esencial para que se presente la reparación no existiría y en esa medida no habría obligatoriedad de reparar el perjuicio causado⁴, situación esta que no siempre se ha presentado dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en otros ordenamientos jurídicos, especialmente el francés, de donde tenemos un antecedente bien fuerte en nuestro sistema administrativo de responsabilidad.

En efecto, el criterio de responsabilidad general del Estado no siempre ha sido el mismo, tanto en el sistema francés como en el nuestro, ya que, de una forma de irresponsabilidad del Estado, se ha llegado a criterios de responsabilidad objetiva, pasando por todo un proceso de evolución que incluye la responsabilidad por falla del servicio, las cuales son materia de discusión en cuanto a su aplicación en el caso de la responsabilidad del Estado por actos terroristas.

¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, 13ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002.

² HENAO, JUAN CARLOS. *El daño*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 35, hace relación a que el daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad, tal vez porque la misma se expresa en la obligación de repararlo.

³ El Estado tiene unos mecanismos de actuación como son los hechos, las operaciones administrativas, los actos administrativos, las omisiones administrativas, los contratos y las vías de hecho administrativas; así, el artículo 83 del C.C.A. no se refiera a estas últimas, y por tal razón algunos las asimilen a operaciones administrativas manifiestamente ilegales.

⁴ Es así, que cuando se intenta una acción de reparación directa como mecanismo para buscar una indemnización de perjuicios por actividad derivada de actuación de la Administración, lo primero que se debe lograr es la declaratoria de responsabilidad del Estado. “Si no hay responsabilidad no hay reparación”.

La responsabilidad del Estado: una obligación de indemnizar perjuicios

Por lo anterior es necesario identificar cada una de las formas de responsabilidad del Estado en general, para así poder aplicarlas al evento específico de responsabilidad por actos terroristas, con el fin de determinar cuál es la que encuadra con mayor contenido de argumentación.

1. LOS ESTADOS IRRESPONSABLES: EXONERACIÓN DE INDEMNIZAR PERJUICIOS

Dentro del sistema jurídico francés, y como una muestra de la influencia del modelo monárquico, se determinó la irresponsabilidad del Estado cuando causaba perjuicios derivados de su actuación⁵ con fundamento en el principio de soberanía del Estado, en donde él mismo se imponía a los particulares o administrados, sin contraprestación alguna⁶.

Dicha imposición del Estado frente al particular derivó que existiera una desprotección de los administrados frente a la actuación del mismo, que en muchas ocasiones les generaba perjuicio, pero que no se podía reclamar, ya que el particular estaba en un plano de desigualdad inferior ante un Estado

omnipotente y que actuaba normalmente en ejercicio de su poder de *imperium*.

Pero esa irresponsabilidad del Estado tuvo sus limitaciones, tal vez para no caer en una arbitrariedad general, que iría en contra de los principios clásicos derivados de la Revolución Francesa, especialmente el principio de legalidad, en donde la Administración debía estar sometida a la ley.

En efecto, se establecieron unas limitaciones a la irresponsabilidad del Estado, las cuales se determinaron en tres eventos para atribuir responsabilidad, así: en el caso que la ley lo estableciera, en la responsabilidad de las colectividades locales y cuando la Administración actuaba en ejercicio de gestión privada⁷. En el caso de las consagraciones legales, se trataba de decisión del legislador; en el caso de la responsabilidad de las entidades locales, se establecía porque las mismas no estaban investidas de soberanía, elemento éste necesario para la existencia de la irresponsabilidad del Estado, y en el caso de los actos de gestión, se consagraba la responsabilidad porque el Estado actuaba en igualdad de condiciones a como lo hacían los particulares⁸, lo que determinaba que el principal acto

⁵ PAILLET, MICHEL. *La responsabilidad administrativa, traducción y estudio introductorio*, Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 44, refiere cómo la irresponsabilidad del Estado es una muestra del antiguo régimen, donde los particulares no tenían derechos contra el soberano.

⁶ LAFERRIÈRE planteo el principio de la siguiente manera: “Es propio de la soberanía imponerse a todos sin compensación”. En PAILLET, MICHEL. *La responsabilidad administrativa*, ob. cit., p. 44.

⁷ FOILLARD, PHILIPPE. *Droit Administratif*, Paradigme Publications Universitaires, Paris, 2204, quien hace referencia a que por la ley del 28 de pluvioso del año VIII, se estableció responsabilidad del Estado por trabajos públicos.

⁸ EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 113, muestra cómo en los actos de gestión la Administración se despojaba de su poder de *imperium*, colocándose en el mismo nivel que los particulares y en igualdad de condiciones.

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

de gestión generador de responsabilidad del Estado eran los contratos, en donde se plasmaba el acuerdo de voluntades entre las partes⁹.

Pero la idea de la irresponsabilidad general del Estado pierde fuerza, en la medida que suceden acontecimientos de importancia como el debilitamiento de la justicia retenida¹⁰, en donde el Consejo de Estado francés va adquiriendo importancia en las decisiones que adoptaba la Administración¹¹, tomando en cuenta doctrinas tan importantes como la del Estado deudor¹² para ir formando un sistema de responsabilidad del Estado, que culminaron con fallos de gran trascendencia en la jurisdicción administrativa francesa, que determinaron un cambio de mentalidad en cuanto a la responsabilidad del Estado dando origen a una segunda etapa en la responsabilidad del Estado, como es la obligación de éste a indemnizar perjuicios.

En el sistema colombiano, por su parte, la idea de un Estado irresponsable se manejó con criterios similares al ordenamiento jurídico galo, en cuanto a la imposición del Estado frente a los particulares en

ejercicio del poder de *imperium*, lo cual perduró hasta finales del siglo XIX cuando se producen las primeras muestra de responsabilidad del Estado por su actuación y la consecuente obligación de indemnización de perjuicios¹³.

2. LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA, SIMILAR A LA DE LOS PARTICULARES

La idea de un Estado responsable fue determinada, pero asimilándose en algunas ocasiones a la de los particulares, es decir, aplicando principios contenidos en las normas del Código Civil. En efecto, en el sistema francés la pugna existente por la atribución de competencias para el conocimiento de las cuestiones derivadas con la declaratoria del Estado deudor, entre la jurisdicción ordinaria o civil y la competencia del Consejo de Estado, hizo que en algunas ocasiones se determinara que los daños causados por cualquier persona, incluso por los servidores de carácter público, debían ser indemnizados con fundamento en las disposiciones de derecho civil¹⁴, situación que no fue claramente aceptada por el Consejo de Estado,

⁹ LAFERRIERE. *Traité de la Jurisdiction administrative*, 2^o ed. Paris 1896, p. 587.

¹⁰ En la justicia retenida, la propia Administración resolvía los conflictos en que era parte.

¹¹ El Consejo de Estado en Francia fue creado por Napoleón Bonaparte en el año de 1795, con funciones de asesoría al ejecutivo, fundamentalmente en la resolución de conflictos.

¹² SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, 1^a edición, 3^a reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 77. expresa que el Estado deudor, hacía referencia a la deuda pública; existiendo un conflicto en la competencia para conocer las cuestiones derivadas de la liquidación de la misma; ya que el Consejo de Estado negaba la competencia de los jueces ordinarios para conocer de dichos asuntos, por existir actos y operaciones administrativas.

¹³ *Ibid*, p. 95, hace alusión a que existen antecedentes de la responsabilidad del Estado desde 1923, con la expedición de la Ley 1^a de dicho año, que reconoce el derecho de compensación por trabajos públicos.

¹⁴ La Corte de Casación Civil francesa, en fallo de 19 de diciembre de 1954 así lo estableció, dándole además la competencia a los jueces civiles para conocer de dichos asuntos.

La responsabilidad del Estado: una obligación de indemnizar perjuicios

quien siempre reclamó la competencia para conocer de dichos asuntos, lo que llevaría a que posteriormente efectivamente triunfara su posición y ganara la competencia para sí, en lo relativo a la responsabilidad del Estado.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico, la idea de una responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de su actividad, comienza en la segunda mitad y especialmente a finales del siglo XIX, a través de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, quien aplicando las reglas del Código Civil determinó la responsabilidad del Estado¹⁵, primero como una responsabilidad indirecta y luego como una responsabilidad directa de la Administración.

La responsabilidad indirecta se sustentaba en la obligación que tenían los particulares de indemnizar perjuicios como consecuencia de los hechos ajenos que se aplicaba a los particulares¹⁶, que en cuanto a la Administración Pública se determinaba en la obligación de elegir bien (culpa o falta *in eligendo*) a los funcionarios y en la vigilancia de los mismos (culpa o falta *in vigilando*). Es que, en el caso de la responsabilidad indirecta, se contemplaba una independencia entre los servidores y la entidad pública, por lo que debió plantearse la ficción de una

responsabilidad proyectada a la Administración, como consecuencia de la actuación de sus agentes, en cuanto a que a la misma le correspondía elegirlos adecuadamente y estar pendiente de vigilar su actuación.

Si bien es cierto la responsabilidad indirecta de la Administración, como consecuencia de la aplicación de normas de orden civil, puede tener falencias en su concepción, es importante en cuanto a que la idea de la soberanía del Estado como fundamento de irresponsabilidad del mismo, cedió paso a criterios morales que determinaron la obligación de indemnizar perjuicios de los entes públicos, así fuese en igualdad de condiciones que los particulares¹⁷.

En otro sentido, y como una forma de responsabilidad del Estado, se planteó posteriormente la teoría de la responsabilidad directa de la Administración, en cuanto a que existía la obligación de las personas jurídicas públicas de indemnizar perjuicios ya no con fundamento en los hechos ajenos, sino en los hechos propios, es decir que la actuación, así se desarrollara por algún servidor de la Administración, se consideraba como propia de la misma, con fundamento en un criterio de unidad entre el funcionario y la entidad pública¹⁸.

¹⁵ C.S.J., en sentencia del 20 de octubre de 1896, determinó la responsabilidad civil de la Nación con fundamento en actividades delictuales de los servidores públicos, cuando las desarrollaban en ejercicio del cargo o con ocasión del mismo.

¹⁶ La responsabilidad indirecta se sustentaba en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que hacen alusión a la culpa derivada de quienes tenían a su cuidado, bajo su autoridad o guarda a ciertas personas, como los hijos o criados.

¹⁷ Ver HOYOS DUQUE, RICARDO. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 45.

¹⁸ El Código Civil colombiano, en el artículo 2341, plantea el criterio de responsabilidad por los hechos propios.

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

Así fue el criterio organicista¹⁹, en cuanto a la concepción de unidad entre la Administración y sus servidores, el que determinó la existencia de una responsabilidad por hechos propios, la cual fue planteada por múltiples decisiones de la Corte Suprema de Justicia²⁰ que con un criterio civilista propuso y desarrolló esta forma de responsabilidad, desde el punto de vista jurisprudencial, ya que, como se ha planteado muchas veces, ha sido la jurisprudencia la que ha propugnado por el desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado, pues el legislador poco ha hecho por ocuparse de estos temas, y mucho menos en el siglo XIX y gran parte del XX²¹.

Pero la idea de una responsabilidad del Estado, similar a la de los particulares, presentaba dificultades muy serias derivadas de la actividad especial de la Administración, que no es otra que la actividad administrativa y de servicio público, por lo que tanto en Francia como en Colombia se estableció una concepción de responsabilidad del Estado, acorde con la actividad del mismo, que por ser ésta de derecho público, debía ir en concordancia con dichos postulados,

y así fue como se propugnó una teoría especial de responsabilidad del Estado, para diferenciarla de la de los particulares.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, UNA RESPONSABILIDAD ESPECIAL

La concepción de la responsabilidad del Estado como una responsabilidad especial, es decir, sometida a reglas diferentes a las de los particulares y por tal razón del derecho privado, se deriva tanto de la competencia para conocer de los conflictos que generan los perjuicios como de los principios y normas de derecho igualmente aplicables a los eventos de responsabilidad del Estado, como consecuencia de su actividad administrativa y de servicio público.

En el derecho francés, al dársele competencia al Consejo de Estado y por ende a la jurisdicción administrativa, para resolver autónomamente los conflictos en que era parte la Administración²², nace la llamada justicia delegada, en donde ya no es la Administración la que resuelve los conflictos, sino un juez diferente a la

¹⁹ El criterio organicista hace referencia a que se consideró que la Administración estaba compuesta de órganos, así como el cuerpo humano, y que los mismos involucraban a sus servidores; por tal razón no se podía separar el órgano del cuerpo ni de la entidad en cuanto a la actuación, existiendo responsabilidad directa en cuanto a la actuación de los funcionarios, pero se daba una responsabilidad indirecta respecto a los auxiliares de la Administración.

²⁰ LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Responsabilidad del Estado por error judicial*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996, p. 77, trae a colación algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, referidas a la responsabilidad directa, así: de 18 de noviembre de 1940, julio 10 de 1942, abril 7 de 1943, mayo 26 de 1944, noviembre 28 de 1944, abril 18 de 1945, abril 11 de 1946, septiembre 30 de 1946, octubre 30 de 1946 y octubre 18 de 1950.

²¹ Así lo plantea la C.S.J. en sentencia del 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez.

²² Mediante ley del 24 de mayo de 1872, se dio la independencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, como juez natural de la Administración.

La responsabilidad del Estado: una obligación de indemnizar perjuicios

misma²³, por lo que el proceso de conformación de una responsabilidad administrativa especial se acrecienta, en cuanto a que las decisiones que se tomen en estos asuntos van a ser manejadas con criterios y principios especiales de derecho público.

Es así, que se producen decisiones tan importantes como el fallo blanco del tribunal de conflictos, que establece unos criterios especiales de derecho público en cuanto a la responsabilidad del Estado. En efecto, el tribunal de conflictos, a través de este fallo, resuelve el caso surgido como consecuencia del atropellamiento de una niña, por parte de una vagoneta de la empresa tabacalera del Estado, conflicto que en principio fue instaurado ante la jurisdicción civil, pero que llega al conocimiento del tribunal de conflictos ante la declaratoria de incompetencia, por lo que se hace necesario resolver a quien le correspondía tramitar y decidir el caso.

El tribunal de conflictos determina que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para conocer de los asuntos de responsabilidad del Estado, por actuaciones de sus agentes, debido a la relación directa que debía existir entre la actuación de la Administración, que lo hace sustentada en principios exorbitantes y extraños al derecho privado, con la necesidad de aplicar una jurisdicción diferente a la civil para resolver los conflictos, siendo ésta la jurisdicción contencioso administrati-

va. Pero, además, con estas decisiones abandona la idea de resolver los conflictos de la Administración, con fundamento en las reglas del derecho privado, desligando la jurisdicción administrativa de la civil, y determina igualmente que la responsabilidad del Estado no es absoluta, sino que obedece a reglas especiales que varían según las necesidades del servicio público²⁴.

Como se puede ver, este fallo determina la responsabilidad del Estado, sometida a reglas especiales como son los principios de derecho público, en donde no se aplicaban las normas del Código Civil, es decir, que se plantea una derogatoria del derecho privado en el caso de la obligatoriedad de indemnizar perjuicios por parte de la Administración²⁵, situación de suma importancia para el desarrollo de la responsabilidad del Estado, así en un comienzo no se hubiese planteado como una responsabilidad absoluta, ya que a partir de este momento comienza la evolución de la institución con criterios como la falla o falta del servicio, hasta llegar a nociones de responsabilidad objetiva, de vital importancia para asuntos como el que nos ocupa, acerca de la responsabilidad del Estado por actos terroristas.

Por su parte, en el sistema colombiano la determinación de la responsabilidad del Estado se dio a partir de la propia competencia que la jurisdicción civil ejercía para resolver los conflictos por responsabilidad del Estado, pero que

²³ GÜECHÁ MEDINA, CIRO NOLBERTO. *Derecho Procesal Administrativo*, Primera Parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, p. 40.

²⁴ *Ibid*, p. 40.

²⁵ DUPUIS, GEORGES y otros. *Droit Administratif*, 9^e édition, Arman Colin, Paris, 2004, p. 554.

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

comenzó a transformarse cuando en la época de 1940 se empezó a tomar, como fundamento de las decisiones, el criterio de la responsabilidad por falla del servicio público²⁶, aplicándola a la par de principios de responsabilidad civil, lo que determinaba que existiera un criterio mixto en cuanto al régimen jurídico aplicable en los casos de responsabilidad del Estado, lo cual era obvio en la medida que la competencia la ejercía la jurisdicción ordinaria civil, que manejaba fundamentalmente criterios civiles para resolver los conflictos.

En igual forma el Consejo de Estado, que ejercía una competencia residual en asuntos de responsabilidad del Estado²⁷, luchaba por la aplicación de principios de derecho público en cuanto a dicha responsabilidad, específicamente en la aplicación del criterio de la falla del servicio.

Pero es con la asignación de la competencia general al Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad del Estado²⁸, cuando la noción se reafirma, como una responsabilidad especial, diferente a la responsabilidad privada del derecho civil en la medida que, al ser el juez natural de la Administración quien conoce de los conflictos y a la vez aplica fundamentalmente reglas de derecho público, aplique las

mismas en los eventos de la responsabilidad del Estado.

En las anteriores circunstancias la responsabilidad del Estado, como una responsabilidad especial, se desarrolla a pasos enormes, oscilando entre criterios de responsabilidad por falla y responsabilidad sin falla u objetiva, por lo que se hace necesario referirnos a los mismos.

4. LA RESPONSABILIDAD POR FALLA

Esta clase de responsabilidad tiene su origen en el ordenamiento francés, como una actuación irregular de la Administración, generadora de perjuicios a los administrados, que encuentra sus antecedentes en la denominada noción de falta personal, cuando la misma se atribuye exclusivamente al agente y en esa medida se exonera de responsabilidad a la Administración²⁹, determinándose así una distinción de responsabilidades, con fundamento en la clase de falta acaecida³⁰.

Entonces, cuando la falta se relacionaba con la actividad directa de la Administración, la misma se denominaba falta del servicio y se generaba la responsabilidad administrativa, a la cual se le aplicaban principios o reglas especiales de derecho público, atribu-

²⁶ C.S.J. sentencia de 30 de junio de 1941, toma criterios de falla en el servicio para determinar la responsabilidad del Estado.

²⁷ Recordemos que al Consejo de Estado le estaban asignadas competencias en materia de responsabilidad, específicamente en lo relacionado con la ocupación de inmuebles por trabajos públicos.

²⁸ El Decreto 528 de 1964 otorgó la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, para conocer de los asuntos por responsabilidad del Estado.

²⁹ RIVERO, JEAN. *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 317, muestra cómo la falta personal, por oposición a la falta de servicio, se separa del ejercicio de la función.

³⁰ El fallo Pelletier del 30 de julio de 1873, del Tribunal de Conflictos francés, hace alusión a la distinción entre la culpa personal y la culpa de servicio de la administración.

La responsabilidad del Estado: una obligación de indemnizar perjuicios

yéndose la competencia para conocer de la misma a la jurisdicción contencioso administrativa, en contraposición a la responsabilidad derivada de la falta personal, que iba a la jurisdicción ordinaria.

El concepto de falta o falla del servicio ha tenido alguna distinción en cuanto a su traducción del derecho francés, en lo que se debe considerar como falta o falla y su relación con la culpabilidad dando lugar a interpretaciones que pueden generar confusión, como lo plantea el profesor Ramiro Saavedra, por lo que podría entrar a hablarse de mal funcionamiento como un criterio de distinción de la falla del servicio³¹, o de un concepto de actuación irregular de la Administración, entendida la misma como contraria a derecho o antijurídica, la cual involucraría criterios de falta o falla del servicio, en cuanto a la irregularidad de la actuación³².

En nuestro sistema, el Consejo de Estado ha considerado la falla o falta del servicio como una actuación irregular de la administración, determinada por comportamientos positivos o de omisión, que además de no ajustarse a parámetros de legalidad, atentan contra el correcto funcionamiento del servicio público³³.

5. LA RESPONSABILIDAD SIN FALLA

En otras circunstancias, en ocasiones la actuación de la Administración puede ajustarse a criterios de correcto funcionamiento del servicio público, es decir, adecuarse a la normatividad, y por tal ser regular en cuanto a que maneja una adecuada realización del servicio, pero que sin embargo por causar algún perjuicio a los administrados, nace la obligación para el Estado de resarcir dicho perjuicio, con fundamento en criterios de responsabilidad objetiva, enfrentándonos así a la responsabilidad sin falla o sin culpa.

En la responsabilidad objetiva no se establece una valoración de la actuación de la Administración, para determinar si es irregular sino que, por el contrario, lo que se hace es una valoración del daño o perjuicio en el sentido de si el mismo es irregular, ya que quien lo sufre no está obligado a soportarlo.

Existen diversas tendencias que tratan de explicar la existencia de la responsabilidad sin falla o sin culpa, como ocurre en el derecho francés, donde se habla de la responsabilidad por riesgo que, tomando el criterio

³¹ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*, Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 64, en cita que hace SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. *Op. cit.*, p. 232.

³² PAILLET MICHEL. *La responsabilidad administrativa*, pp. 144 y ss., además de la actuación irregular de la Administración, reflejada en la sustracción de las leyes del servicio, un comportamiento anormal, la sustracción a las obligaciones administrativas; plantea como nociones de falta el atentado a los derechos de los administrados, que se expresa en la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, la ruptura de la igualdad ante los servicios públicos, la violación del derecho al correcto funcionamiento del servicio público.

³³ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 17 de diciembre de 1998, Exp. 10331 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

civilista, determina que una actividad ajustada a buen servicio público, puede comportar peligro, y por tal la probabilidad que haciéndose efectivo el mismo, cause un daño a alguien. Por otra, parte existe el criterio de la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, en donde si la Administración rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las imposiciones del Estado causándole un perjuicio, nace la obligación de reparar, así la actuación de la Administración sea perfectamente ajustada a derecho y, por último, el sistema francés habla de una responsabilidad sin culpa, por iniciativa del legislador, en donde es éste quien determina en qué eventos existe la obligación del Estado de reparar, así su actuación esté ajustada a la legalidad³⁴.

En el ordenamiento francés la idea de una responsabilidad sin falta es de vieja data, pues debemos remontarnos a fallos como el Cames del Consejo de Estado, en donde se hace referencia a la responsabilidad por riesgo³⁵, o al fallo Couitéas que hace alusión a la responsabilidad del Estado como consecuencia del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas³⁶.

En el ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad sin falla se

ha manejado, desde tiempo atrás, desde la óptica de una responsabilidad por riesgo y daño especial, como expresión del rompimiento de equilibrio de los administrados frente a las cargas públicas³⁷ que, pasando por otras formas de responsabilidad, igualmente sin falla, como la responsabilidad por trabajos públicos, por almacenaje, por expropiación, por el hecho de las leyes, ha llegado con la Constitución de 1991 a la concepción de una responsabilidad estrictamente objetiva, como es la denominada responsabilidad por daño antijurídico.

En efecto, el artículo 90 de la Constitución recoge toda la teoría de la responsabilidad por falta, para enmarcarla en la denominada responsabilidad por daño antijurídico³⁸ que, con su antecedente en el derecho español³⁹, constituyó un significativo avance en el proceso de formación del criterio de responsabilidad sin falla de la administración, ya que la configuración de la misma, que hasta entonces era de estricto origen jurisprudencial, toma rango constitucional, pues es una norma de dicho orden que la establece.

En la consideración de la responsabilidad por daño antijurídico, la irregularidad pasa de la actuación al

³⁴ PAILLET, MICHEL. *Op. cit.*, pp. 184 a 229.

³⁵ C.E.F., fallo del 21 de junio de 1895. En MARCEAU, LONG y otros. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, ob. cit., p. 23.

³⁶ C.E.F., fallo del 30 de noviembre de 1923. *Ibid*, p. 164.

³⁷ SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. *Op. cit.*, p. 432, muestra cómo la teoría del daño especial, fue incorporada por el Consejo de Estado en 1947.

³⁸ El artículo 90 constitucional dice: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de la autoridades...".

³⁹ El artículo 106 de la constitución española es el fundamento para la consagración de la responsabilidad del Estado por daño antijurídico en nuestro ordenamiento constitucional.

La responsabilidad del Estado: una obligación de indemnizar perjuicios

daño⁴⁰, lo que quiere decir que en este evento, la antijuridicidad está es en el daño, en la medida que quien lo padece no está obligado a soportarlo⁴¹, así la actuación de la Administración cumple criterios de interés general, en la medida que el afectado está soportando cargas que exceden el principio de igualdad de las mismas y que por tal la actuación está violando derechos jurídicamente protegidos.

Al ser el daño antijurídico, el criterio fundamental en cuanto a la responsabilidad objetiva, es preciso afirmar, encierra a las demás clases de responsabilidad, en la medida que todas ellas implican responsabilidad del Estado derivadas de actuaciones legítimas de la Administración, pero que causan perjuicios a los administrados, en cuanto vulneran derechos igualmente legítimos, o sea jurídicos, lo que quiere decir que solamente existirá obligación de reparar intereses que estén en estado de legalidad o juridicidad, es decir, protegidos, porque de lo contrario, si el interés no es jurídicamente protegido, no podrá existir reparación del daño⁴².

6. ACCIONES DEL ESTADO SOBRE SUS FUNCIONARIOS POR ACTOS QUE LE GENEREN RESPONSABILIDAD

En primer lugar se halla la acción disciplinaria consagrada en la Ley 734

de 2002. Allí se encuentran estipuladas las conductas y faltas (leves y graves) en las que un funcionario público puede incurrir que le generarían al Estado una acción por responsabilidad del Estado, y en consecuencia una posible indemnización a un tercero afectado. No obstante lo anterior, hay acciones específicas como las que a continuación se enuncian.

Acciones simultáneas

El artículo 2º de la Ley 734 de 2002 determina un aspecto importante que puede perderse en lo extenso de su tenor, pero que debe tenerse en cuenta por parte del operador jurídico porque entraña la obligación de compulsar copias de la actuación disciplinaria a las otras autoridades competentes. Al final de su literal prescribe: “(...) *La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta*”.

En efecto, un hecho infractor al régimen disciplinario simultáneamente origina otras tres acciones legales, las cuales se indican a continuación:

Acción penal

Está a cargo de la justicia penal ordinaria, definiéndose el asunto planteado mediante auto inhibitorio o sentencia condenatoria. Al igual que el proceso disciplinario, se predicen los principios de tipicidad, antijurídi-

⁴⁰ Recordemos que en la responsabilidad por falla, la irregularidad está en la conducta.

⁴¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Op. cit.*, p. 442, lo hace ver haciendo alusión a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos: “El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar”.

⁴² Cuando el agente público cause la muerte a una persona que se encontraba realizando un atraco a un banco, a pesar que puede, se está causando un daño en cuanto se vulnera el derecho a la vida; no existirá obligación de reparar, pues el derecho no estaba jurídicamente protegido, ya que la víctima estaba en situación de ilegalidad.

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

cidad y culpabilidad, exigiéndose el dolo y la culpa para imponer sanción. Se aplican los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Si bien es cierto que el artículo 13 del Estatuto Único Disciplinario preceptúa que en materia disciplinaria queda proscrita la responsabilidad objetiva y que la sanción disciplinaria solo se sanciona a título de dolo o culpa, presentando armonía con la Constitución Política y con el Código Penal, en la práctica la verdad difiere sustancialmente porque al calificarse provisional o definitivamente la forma de culpabilidad en cumplimiento de lo exigido por el numeral 7 del artículo 163 de la Ley 734 de 2002, el fallador no hace una valoración bajo los parámetros de la sana crítica y la verdad nominal que refleja el proceso, sino que arbitrariamente y según su criterio califica estas circunstancias de modo y desfasado del acervo probatorio.

Debe hacerse un cuestionamiento serio sobre la capacidad del servidor público de la Oficina de Control Disciplinario Interno para calificar el dolo y la culpa, porque debe establecerse de forma fehaciente la intención dirigida, conciente, de provocar una conducta infractora, a sabiendas que lo es y esperar un resultado premeditado o buscado, lo que es llamado en el derecho penal como la etapa del *inter criminis*.

Acción fiscal

La acción fiscal le corresponde a la Contraloría General de la República, Departamental, Distrital o Municipal, dependiendo de la naturaleza de los bienes públicos afectados, es decir, si provienen de la Nación, del Departa-

mento, del Distrito o del Municipio. Los fundamentos legales de la función a cargo de la Contraloría General de la República emana de los artículos 267 y subsiguientes de la Constitución Política, disposiciones desarrolladas en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, incluyendo el Decreto 267 de 2000 y las Resoluciones Orgánicas que para tal efecto expide la Contraloría General de la República. Los soportes básicos de las Contralorías Departamental, Distrital y Municipal, se encuentran en el artículo 272 de la Constitución Política, unidades que son organizadas por la Asamblea Departamental y los Concejos Distritales y Municipales.

El proceso que procede es denominado de responsabilidad fiscal, el cual es definido en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, como “(...) *el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado*”. El aparte que se encuentra resaltado fue declarado parcialmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-840 de 2001 de 9 de agosto, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería, “*bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal*”.

El fin u objeto de la responsabilidad fiscal está preceptuado en el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, el cual es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos o

La responsabilidad del Estado: una obligación de indemnizar perjuicios

particulares que ejercen temporalmente funciones públicas que realizan gestión fiscal (inclusive hasta la culpa leve), buscando el reintegro del valor que represente el hallazgo fiscal o el pago de una indemnización pecuniaria. Comprende los bienes de uso público, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Política.

Para resolver si los hechos que se investigan dentro del proceso disciplinario deben ser puestos en conocimiento de la Contraloría General de la República, se procede a verificar los siguientes aspectos:

Que recaiga en actividad de la gestión fiscal

Parte del artículo 3° de la Ley 610 de 2000, norma que define por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas *“que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, con el fin de la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”*.

Que se estructuren los elementos de la responsabilidad fiscal

De acuerdo con la Constitución Política, artículo 95, numeral 7, todo ciudadano debe colaborar en la administración de justicia, obligación

que es más exigente para los servidores del Estado. El artículo 33 del Código Contencioso Administrativo prescribe respecto a la obligación de remitir el asunto a la autoridad competente, por lo cual no es necesario para el funcionario de la Oficina de Control Disciplinario Interno determinar la existencia de los elementos de la acción de responsabilidad fiscal, pues simplemente puede remitir fotocopias de la actuación disciplinaria por medio de un oficio dirigido a la Contraloría.

Pero como el afectado puede considerar que hay falsa denuncia o pretender perseguir a la entidad por medio del ejercicio de la acción de reparación directa, prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si es exonerado dentro del proceso fiscal, es mejor analizar el caso que debe remitirse para establecer algunos de los siguientes elementos:

- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre la conducta del servidor público, de los consultores, interventores, árbitros, conciliadores y particulares que desempeñen funciones públicas y el daño antijurídico.

El daño patrimonial se puede ocasionar por acción u omisión, pudiendo recaer la lesión en el *“(...) patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por*

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

*el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías*⁴³.

También se configura por pérdida, daño o deterioro de bienes en servicio o inservibles no dados de baja. Para la mejor comprensión de los efectos de este daño, se retoma textualmente el artículo 7 de la Ley 610 de 2000, el cual prescribe:

“En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Único o a los delitos tipificados en la legislación penal”.

Se pregunta: ¿Siempre una conducta violatoria al régimen disciplinario origina acción fiscal? La respuesta correcta es no, porque solo se configura esta modalidad de responsabilidad cuando se afectan económicamente bienes del Estado o del patrimonio público, ya sean inmuebles, muebles o presupuesto.

7. ACCIÓN INDEMNIZATORIA

El fundamento de ésta acción también se encuentra en el artículo 90 de la

Constitución Política. La indemnización resarcitoria se persigue mediante la acción de repetición que puede ejercerse de dos maneras:

Llamamiento en garantía

El que se efectúa bajo los mismos lineamientos establecidos en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, cuando la litis versa sobre acción contractual o reparación directa, en concordancia con el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil. Presupone necesariamente la existencia de un proceso, en la cual se persigue a la entidad del Estado y se vincula al presunto responsable para que responda pecuniariamente.

Acción de repetición propiamente dicha

Es la misma consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, diferenciándose de la figura anterior porque exige la existencia de una condena contra el Estado o Administración debidamente ejecutoriada, caso en el cual se persigue la indemnización dentro de un proceso nuevo.

8. CONCLUSIONES

Así las cosas, se debe determinar que la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de los actos u omisiones de sus funcionarios, normalmente recae en el Estado, porque quienes los causan materialmente generalmente no han sido todavía perseguidos con la acción de repetición, la cual es de escasa aplicación en Colombia, porque

⁴³ Ley 610 de 2000, artículo 6°. Bogotá. Colombia.

La responsabilidad del Estado: una obligación de indemnizar perjuicios

comúnmente los funcionarios no tienen la misma cantidad de dinero que el Estado ha tenido que desembolsar por sus acciones.

Entonces, si es el Estado el que debe reparar, la obligación se enmarca en la teoría de la responsabilidad del Estado, que desde el punto de vista conceptual oscila entre la responsabilidad por falla y la responsabilidad sin falla.

Para la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano la responsabilidad por falla ya no es la única forma de obligación que tiene el Estado de reparar perjuicios como consecuencia de actos u omisiones de sus funcionarios sino que, por el contrario, se ha abierto paso la teoría de la responsabilidad sin falla, expresada en el riesgo excepcional y en el daño especial, como manifestaciones de la obligación de indemnizar. Así mismo, tiene el Estado otra serie de acciones para que el funcionario que se ha apartado de la norma, sea llamado a juicio.

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.

Como lo establece el artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado colombiano debe responder, y de hecho ha tenido que responder, con su patrimonio en miles de millones de

pesos, por las actuaciones y las omisiones de sus funcionarios que no se ajustan a Derecho. La acción de repetición le ha dado un instrumento al Estado para recuperar el dinero que ha tenido que desembolsar por los actos u omisiones de sus funcionarios, pero las investigaciones adelantadas por algunas Universidades demuestran que no ha sido usado suficientemente.

Con la Constitución Política de 1991, dichas condenas se han acrecentado dado el contenido garantista que la misma posee, el aumento del daño antijurídico que se ha venido generando y, muy especialmente, al ineficiente manejo de la defensa litigiosa del Estado.

Es necesario implementar acciones de prevención y control que permitan a los funcionarios públicos conocer y manejar los instrumentos que previenen la comisión de acciones no ajustadas a Derecho y que le generan responsabilidad al Estado. Del mismo modo el Estado debe difundir toda la normatividad y las acciones (como la de repetición) que le permitan recuperar al menos en parte las erogaciones causadas. Hay buenos propósitos de parte del gobierno actual que se han visto reflejados en la promulgación de normas que le permiten al Estado hacerse a una mejor calidad en defensa en los procesos de responsabilidad. Su divulgación y aplicación redundará en mejores defensores a la hora de representar en los estrados judiciales los intereses y el patrimonio del Estado en acciones de responsabilidad por acción u omisión de sus funcionarios.

Yolanda Margaux
Guerra

Ciro Norberto
Guecha

BIBLIOGRAFÍA

ALAPE, ARTURO. “El 9 de abril, asesinato de una esperanza”, en *Nueva Historia de Colombia*, Editorial Planeta, Bogotá, 1989.

CHAPU, R. *Droit Administratif General*. T. I., Paris, Monchrestien, 1995.

DUPUIS, GEORGES y otros. *Droit Administratif*, 9e édition, Arman Colin, Paris, 2004.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *Configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

FOILLARD, PHILIPPE. *Droit Administratif*, Paradigme Publications Universitaires, Paris, 2004.

GÜECHÁ MEDINA, CIRO NOLBERTO. *Derecho Procesal Administrativo*, Primera Parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.

HENAO, JUAN CARLOS. *El daño*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

HOYOS DUQUE, RICARDO. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.

JARAMILLO, CARLOS EDUARDO. “La guerra de los mil días 1899-1902”, en *Nueva Historia de Colombia*, Tomo I, Editorial Planeta, Bogotá, 1989.

LAFERRIERE. *Traité de la jurisdiction administrative*, 2e. ed., Paris, 1896.

LAIR, ERIC. “El terror, recurso estratégico de los actores armados-Reflexiones en torno al conflicto colombiano”, en *Guerra en Colombia: actores armados*.

LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Responsabilidad del Estado por error judicial*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996.

MAGIL, M. *Crónica oculta del conflicto: antecedentes, estrategias de paz y opiniones de los protagonistas*, Ediciones Desde Abajo, Bogotá, 2003.

MARCEAU, LONG y otros. *Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000.

PAILLET, MICHEL. *La responsabilidad administrativa*, traducción y estudio introductorio de Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

PELÁEZ GUTIÉRREZ, JUAN CARLOS. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos terroristas*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2000.

PÉREZ, MONTSERRAT. *El Pequeño Larousse Ilustrado*, 7ª ed., Bogotá, 2001.

PIZARRO LEÓN GÓMEZ, EDUARDO. “Elementos para una sociología de la guerrilla colombiana”, en *Guerra en Colombia: actores armados*, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

La responsabilidad
del Estado:
una obligación
de indemnizar
perjuicios

REYES POSADA, ALEJANDRO. “Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias”, en *Guerra en Colombia: actores armados*.

RIVERO, JEAN. *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho Administrativo General y colombiano*, 13ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2002.

SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, 1ª ed., 3ª reimp., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.

SÁNCHEZ G., GONZALO. “Violencia, guerrillas y estructuras agrarias”, en *Nueva Historia de Colombia*.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

VASCONCELLOS AVENDAÑO, JAIME. *Terrorismo, su historia, evolución e incidencia en el desarrollo de Suramérica*, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, Chile, 2004.

