

## **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CLÁSICOS A SU CARÁCTER DE DISCIPLINA AUTÓNOMA DEL DERECHO<sup>1</sup>**

*Olga Cecilia González Noriega\**

### **RESUMEN**

La creación de instituciones jurídicas, como la responsabilidad extracontractual del Estado, revela la dinámica teórica del sistema jurídico colombiano que sustenta el proceso de producción normativa a lo largo de la historia republicana. En este marco de comprensión del derecho, la presente disertación pretende develar el mecanismo existente de vinculación o cercanía teórica entre el régimen de responsabilidad extracontractual estatal colombiano con los fundamentos clásicos de la responsabilidad civil. En la primera parte, se abordan tres asuntos: 1) la noción misma de responsabilidad para el derecho; 2) la responsabilidad particular en el ámbito del derecho privado; y 3) la responsabilidad de la Administración Pública. La segunda parte, se trata de establecer la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado a partir del análisis de los fallos del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, para proponer, al final, una justificación histórica de la Cláusula General de Responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

## **THE EXTRA CONTRACTUAL STATE RESPONSIBILITY. AN APPROACH FROM THE THEORY OF RESPONSIBILITY OF THE CLASSIC CHARACTER TO THE RIGHT OF SELF DISCIPLINE**

### **ABSTRACT**

The creation of legal institutions such the extracontractual state responsibility, reveals the theoretical dynamics of the Colombian legal system that supports the standard production process throughout the republican history. In this context of the law understanding, this dissertation aims to reveal the mechanism theoretically linked between the state responsibility system with the classical Colombian civil responsibility. The first part deals with three issues: 1) the notion of responsibility to for the legal system, 2) a special responsibility in the field of private law, and 3) the responsibility of the Public Administration. In the second part it is about to establish the case law on state liability from the analysis of the failures of the State Council and the Supreme Court of Justice on the matter, to propose, in the end, a historical justification for the General Responsibility clause contained in Article 90 of the Constitution of 1991.

**Key Words:** Extracontractual state responsibility, civil extracontractual responsibility

<sup>1</sup> El presente artículo hace parte de la tesis doctoral de la autora, cuyo tema principal es: La Responsabilidad del Estado por omisión legislativa y reglamentaria. Título de imputación y mecanismo jurídico idóneo para reclamar los perjuicios.

\* Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB; Especialista en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público, de la Universidad Nacional de Colombia; en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás (Bucaramanga) y en Docencia Universitaria de la UIS. Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la UIS. Candidata a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás-Bogotá. Profesora asistente de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander y Directora del Grupo de Investigación "Derecho y Justicia Constitucional de la misma Universidad. Bucaramanga, Colombia.  
Correo electrónico: olcegonz@uis.edu.co

# **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CLÁSICOS A SU CARÁCTER DE DISCIPLINA AUTÓNOMA DEL DERECHO**

## **I. INTRODUCCIÓN**

El tema tratado en el presente artículo hace parte de la investigación jurídica en el área del derecho administrativo, cuyo objetivo general pretende evidenciar si es procedente imputar responsabilidad al Estado, por el daño antijurídico derivado de la omisión en la expedición normativa, cuando ésta desconoce los principios constitucionales y los derechos de los administrados y cuál es el título de imputación jurídica.

El texto parte de la pregunta: ¿Los fundamentos jurídicos sobre los cuales se ha construido la teoría clásica de la responsabilidad civil extracontractual han sido los mismos que han utilizado tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado para reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia? Para ello, se hará una aproximación al concepto de responsabilidad y en especial, al concepto particular de responsabilidad jurídica.

Entrando en materia, se analizará la evolución de la teoría de la responsabilidad civil, fuente de la teoría general de responsabilidad de la administración pública, y cuyo fundamento legal lo encontramos en los preceptos del derecho privado contenidos en los artículos 2341 a 2360 del Código Civil que rigen las relaciones entre particulares bajo el principio de igualdad.

Si bien la responsabilidad extracontractual del Estado se desprende de la clásica responsabilidad civil, veremos su evolución, primero reconociendo que el Estado es responsable, inicialmente a partir de normas de derecho privado, hasta lograr abandonar definitivamente sus fundamentos en la legislación civil y tener su propio fundamento legal en la Constitución Política. Así hoy en nuestra legislación, la responsabilidad del Estado tiene sus fundamentos en el Título Tercero de la Constitución Política que trata sobre “Los derechos civiles y garantías sociales” constitutivos del Estado Social de Derecho, y particularmente, en el artículo 90 que consagra la Cláusula General de Responsabilidad del Estado.

## **2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO**

### **2.1 NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD**

La palabra *responsabilidad* producto de la evolución de la palabra latina *responderé*, tiene sus antecedentes en el derecho romano y cuyo significado es seguridad, restitución o indemnización; en Francia *responsabilité*, derivado del latín *responsus*, que significaba constituirse en garante.

Para las sociedades primitivas, la responsabilidad respondía a un principio universal de equilibrio, siendo susceptibles de juicios de responsabilidad tanto los hechos naturales como las conductas humanas. Las relaciones causa-efecto que daban lugar a la responsabilidad comprendían no solo la relación física entre los eventos, sino también una dimensión espiritual que sustentaba el juicio de responsabilidad. Así, los tabúes eran las guías de las acciones humanas y la responsabilidad, materializada en la expiación y sacrificio, era el medio para recomponer las consecuencias de la conducta indebida.

Con la evolución de las sociedades humanas - distinción de individuo, grupo, vida privada y pública y entre las cuestiones divinas y humanas – se dan conceptos particulares de responsabilidad, apareciendo la concepción de la responsabilidad propiamente jurídica con dos consecuencias importantes: la ofensa o violación a la norma y la sanción. Se empiezan a distinguir los efectos del quebrantamiento de los órdenes normativos, adquiriendo igualmente las consecuencias de la violación, un carácter independiente y particular (político, jurídico, religioso, moral).

En lo que toca a la responsabilidad jurídica, la particularización del orden normativo se refleja en la noción de pena como consecuencia de la ofensa a ese orden jurídico particular, que tiene lugar bajo dos condiciones: en primer lugar implica la existencia de un comportamiento social necesario para la existencia de la comunidad - concretado en la protección de la vida y las estructuras económicas – y en segundo lugar la existencia de una autoridad que aplica y ejecuta las normas de la comunidad.

Al respecto Pablo Larrañaga sostiene:

La primera condición nos habla del carácter público de la responsabilidad jurídica en contraposición con la responsabilidad moral, que en principio, atañe al ámbito privado, y la segunda, apunta a la centralización del poder público, esto es, la vinculación del derecho con el poder del Estado que determina el carácter de la responsabilidad jurídica por su vinculación con las normas de la naturaleza (2004, p. 21).

Al organizarse la vida pública mediante normas jurídicas, conlleva a que la noción de responsabilidad jurídica se particularice bajo dos esferas más específicas: la responsabilidad política, referida a la existencia de gobernantes y a la gestión pública sobre la base del concepto de interés general, y la responsabilidad jurídica propiamente dicha, segmentada bajo dos paradigmas, que corresponden a dos funciones del derecho: la protección de la vida y de la integridad física (paradigma penal) y la protección de los bienes económicos (paradigma civil) (Larrañaga, 2004).

La distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil fue evolucionando históricamente, sin embargo, su distinción clara solo se logra cuando se advierten dos consecuencias jurídicas distintas para las conductas indeseables: el castigo y la obligación de restitución o compensación; consecuencias jurídicas que nacen a su vez de procesos de estatificación de las relaciones sociales y del derecho. Este último proceso lleva a que el Estado se reserve el derecho de intervenir en las infracciones relacionadas con el interés común por considerar una amenaza al orden social, dejando en libertad para las

relaciones de los particulares el campo normativo relacionado con el aspecto económico (Larrañaga, 2004).

Lo anterior, permitió la distinción desde el punto de vista jurídico de los dos grandes ámbitos del derecho: el penal y el civil, quedando cada uno con su propia normatividad y desarrollo dogmático, produciéndose igualmente una distinción en lo que toca a la forma en que se enfoca la responsabilidad jurídica, distinguiéndose la responsabilidad penal y civil en cuanto al ilícito que conlleva la sanción, el objetivo de la sanción, los procedimientos que permiten determinar la sanción y el contenido de la sanción.

### 2.1.2 Responsabilidad jurídica

Es un concepto mucho más concreto que la noción de responsabilidad, y hace referencia a las condiciones y consecuencias de la responsabilidad dentro de un marco normativo concreto.

Desde el punto de vista de la *Teoría General del Derecho*, el concepto de responsabilidad ha sido desarrollado sobre la base de las condiciones exigidas en los sistemas jurídicos para imputar consecuencias jurídicas a una determinada conducta.

En el derecho contemporáneo, el teórico más influyente del siglo XX, Hans Kelsen identifica las nociones de obligación jurídica y de responsabilidad<sup>2</sup> siendo su principal aporte frente al concepto de responsabilidad, la forma en que vincula el concepto con el de norma jurídica, especialmente con el de sanción.

Kelsen no desarrolla una teoría de la responsabilidad jurídica, pero su principal aporte al tema reside en el método y en el objetivo que asigna a la ciencia jurídica y en la vinculación directa que hace de las definiciones jurídicas con la noción de la norma.

Para Kelsen (citado por Larrañaga, 2004) las nociones de obligación jurídica y responsabilidad se identifican. Afirma el autor: "...que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso contrario" (p. 43).

Así, la responsabilidad se constituye en función de la condición jurídica, es decir que la conducta suponga una sanción. Para Kelsen las nociones de responsabilidad, deber y obligación jurídica son las mismas; la responsabilidad simplemente la enfoca como una situación normativa referida a la sanción y no a la obligación jurídica que ella conlleva<sup>3</sup>.

La responsabilidad tiene una relación muy estrecha con sanción, en la que se es responsable de la conducta quien en virtud de una norma puede ser sancionado por realizar dicha conducta. Esta situación conlleva a que el concepto de responsabilidad solo pueda aplicarse en los ordenamientos jurídicos en los que la responsabilidad suponga

<sup>2</sup> Kelsen trató la noción de responsabilidad dentro de su teoría del derecho en la descripción de los sistemas jurídicos desde la perspectiva estática, y por tanto, se centró en describir las relaciones de la noción de responsabilidad con la función de imputación de las normas jurídicas (Larrañaga, 2004, p. 11).

<sup>3</sup> A la pregunta ¿quién es responsable de la conducta X? Kelsen responde: el agente de X, o un tercero que según el ordenamiento jurídico tenga determinada relación con dicho agente (Larrañaga 2004, p. 44).

sancionabilidad, no siendo entonces viable frente a sistemas jurídicos cuyas normas no tienen una función sancionadora, como por ejemplo la responsabilidad directa o responsabilidad por resultado.

Por su parte Alf Ross hace referencia a la responsabilidad como un sistema. Considera la responsabilidad como *exigibilidad* en virtud de la cual la persona responde con fundamento en la culpa y responsabilidad como *sancionabilidad* conforme a la cual se le sanciona (Gil Botero, 2011, p. 3).

La culpabilidad es un requisito exigido para determinar responsabilidad y la responsabilidad es un presupuesto de la sanción jurídica o castigo. Las nociones de culpabilidad, responsabilidad y castigo se encuentran estrechamente relacionadas y tienen como fundamento común el haber trasgredido un sistema jurídico.

Ross hace relación a la culpabilidad en dos sentidos: culpabilidad en la que incurre quien ha trasgredido una norma jurídica, siendo la carga que debe soportar el infractor de la norma y que corresponde al reproche que hace el resto de la comunidad que comparte el código normativo, y culpabilidad como concepto vinculado a la noción de imputación de consecuencias jurídicas, como presupuesto de la responsabilidad en el sistema normativo (Larrañaga, 2004, p. 60).

Considera responsable a la persona que ha actuado en contra de un determinado sistema jurídico haciendo algo prohibido, produciéndose una reacción. Dicha reacción consiste en llamar a la persona para que responda por el hecho y reciba la censura de los demás (a través de una sanción en forma de pena). De ahí que habla de responsabilidad - exigibilidad (exigir cuentas de la acción a las personas) y responsabilidad - sancionabilidad (sanción que conlleva la conducta).

H-L Hart se aproxima al concepto de responsabilidad desde el punto de vista lingüístico, dándole al término varios significados: como capacidad, como causalidad, como deberes propios de un cargo derivados de un rol social, y como sancionabilidad; términos vinculados todos directa o indirectamente con el sentido de responsabilidad como sancionabilidad (Larrañaga, 2004).

Las anteriores visiones teóricas, no dan una respuesta jurídica completa al concepto de responsabilidad, en la medida en que el concepto de responsabilidad en Kelsen se confunde con el de la obligación jurídica, Ross no explica la responsabilidad objetiva y Hart presenta acercamientos al concepto desde el punto de vista lingüístico, se hace necesario analizar la esencia misma, institución de la responsabilidad.

### 2.1.3 Responsabilidad y orden jurídico

No existe un sistema jurídico organizado que no tenga como uno de sus ejes centrales el régimen de responsabilidad; sistema jurídico entendido como conjunto de normas destinadas a ser ejecutadas por sujetos del derecho.

A la institución de la responsabilidad se le ha considerado como un concepto jurídico fundamental en el marco de la *Teoría General de Derecho*. La responsabilidad jurídica se configura cuando un sujeto de derecho se encuentra en la situación de *responder* por su conducta; esto es, en la situación de observar respecto de otro sujeto una actitud determinada en razón de que su conducta le ha causado perjuicios (Peirano, 2004, p.24).

La responsabilidad como sancionabilidad representa el sentido básico de responsabilidad en el derecho; la responsabilidad se exige del individuo para que tengan lugar las consecuencias normativas

La responsabilidad se encuentra íntimamente unida al funcionamiento eficaz del orden jurídico, concebido éste como un orden de obligación, porque no puede existir obligación sin la consecuente sanción por su violación. La responsabilidad hace posible las obligaciones jurídicas. En la teoría clásica de la responsabilidad, específicamente en el campo del derecho civil, la unión entre derecho y obligación conlleva a que no solo se pueda hablar de deber desconocido sino también de y perjuicio cometido; así en la responsabilidad siempre debe estar presente la relación entre el autor quien desconoce la obligación jurídica y quien sufre el daño por el hecho.

## **2.2 LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL**

### **2.2.1 La responsabilidad civil como fuente de obligaciones**

La obligación desde el punto de vista jurídico es considerada como el vínculo jurídico que se establece entre dos personas, en virtud de la cual, un sujeto activo (acreedor) espera un determinado comportamiento – prestación – susceptible de ser valorada pecuniariamente a cargo de otro sujeto llamado deudor, quien se encuentra obligado a realizar la prestación y a resarcir los daños o perjuicios ocasionados por su incumplimiento. Su principal característica es su objeto, que puede consistir en una conducta o prestación a realizar por el deudor en beneficio del acreedor.

La doctrina contemporánea considera que existen dos fuentes de obligaciones: los actos jurídicos y los hechos jurídicos. Los hechos jurídicos - imputables al hombre – pueden ser: hechos jurídicos lícitos, entendiendo por ellos, los que se producen efectos jurídicos sin que exista violación del orden normativo, y los hechos jurídicos ilícitos, que se producen por el incumplimiento de las obligaciones. Es en los hechos jurídicos ilícitos en que la responsabilidad civil encuentra su fundamento, sus raíces jurídicas, en tanto que obliga a quien ha causado un perjuicio a otro a reparar las consecuencias del daño. Toda persona que resulta obligada a indemnizar es civilmente responsable.

Se considera la responsabilidad como la obligación legal de responder por los actos que impliquen daños a terceros por violación de la ley; responder por el perjuicio que se ocasiona a un sujeto de derecho.

Para el profesor Tamayo (2010) “la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño hacen recaer en cabeza de quien los causo, la obligación de

indemnizar” (p. 9). La responsabilidad civil tiene un carácter esencialmente reparador. La responsabilidad civil tiene por objeto principal *la reparación*, consistente en restablecer el equilibrio roto por el autor del daño.

Existen unos elementos comunes y esenciales de toda forma de responsabilidad: la conducta realizada por el acto del daño, el daño cierto, personal y antijurídico u el nexo causal entre la conducta y el daño.

En el campo del derecho civil bajo el mismo concepto, la responsabilidad ha tenido dos manifestaciones claras: la responsabilidad contractual y extracontractual. El perjuicio puede emanar de un hecho cualquiera, realizado sin que exista vínculo contractual con el civilmente responsable y la víctima o provenir del incumplimiento de un contrato.

La distinción anterior se refiere al derecho que es violado, así, si la lesión recae sobre un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad civil extracontractual; si la lesión recae sobre derechos de crédito que nacen de los contratos, surge la responsabilidad contractual<sup>4</sup>. De ahí que la doctrina denomina responsabilidad contractual la que nace del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación del deudor, y responsabilidad extracontractual, (o aquiliana) a la que surge de las lesiones a los derechos absolutos.

Dicha clasificación tuvo su origen en el derecho romano, surgiendo la responsabilidad extracontractual como un sucedáneo de la venganza privada, cuando dicha venganza se empieza a ejercer sobre el patrimonio de la persona y no sobre la persona misma. Se consagra por primera vez en el derecho romano en la Ley Aquilia, considerada como el fundamento histórico de la responsabilidad civil extracontractual, en la que se estipula la obligación de resarcir el daño producido por un delito, sin dejar a un lado la responsabilidad proveniente del *negotium* (contractual) que en el caso de incumplimiento se sancionaba con una ley especial diferente a la ley Aquilia.

No se trata de dos clases de responsabilidad, sino de una misma, con unos mismos principios, unos mismos elementos estructurales, estos es, un ilícito, un daño y un nexo causal entre el acto y el daño, diferenciándose en la calidad del daño causado. En la responsabilidad contractual el daño recae sobre un derecho absoluto, estando el sujeto del daño desde el principio determinado: el deudor que incumple; mientras que en la responsabilidad extracontractual es necesario determinar el responsable, toda vez que cualquiera puede desconocer el derecho absoluto.

### **2.2.1.1 La responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano**

En nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de reparar respecto a la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada por los artículos 2341 a 2360 del Código Civil. Se legisló solamente de la responsabilidad de la persona física, no se proveyó sobre la responsabilidad aquilina del sujeto jurídico. Fue así como la doctrina y la jurisprudencia

<sup>4</sup> Los Derechos absolutos como el de la propiedad, la vida, el honor pueden ser desconocidos por cualquiera, mientras que los derechos relativos o créditos que nacen de un contrato, solo pueden ser desconocidos por la persona obligada a cumplir una prestación (Valencia. 1982, p 193).

empiezan a propugnar la aplicación a los entes jurídicos de algunas normas de derecho privado: los artículos 2347 y 2349 del C.C reguladores de las relaciones entre personas naturales.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencias de octubre 26 de 1896 y octubre 20 de 1998, tomó el artículo 2347 del Código Civil sobre responsabilidad indirecta que estaba circunscrita a las personas naturales, para llevarla al campo de las personas jurídicas de derecho privado y público (López, 1977, p.35).

Se aceptó jurisprudencialmente la aplicabilidad de las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual a las personas jurídicas y privadas, imponiéndoles primero una responsabilidad indirecta con fundamento en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, posteriormente se funda la responsabilidad directa aplicando lo dispuesto en el artículo 2841 del Código Civil y luego se crea la responsabilidad por falla del servicio de las personas de derecho público con la tesis organicista, en relación con las clase de personas morales, públicas y privadas.

La responsabilidad inicial de las personas morales de derecho público y de derecho privado a causa de las culpas cometidas por funcionarios o dependientes en ejercicio de sus funciones, o con ocasión de ella si que causaban daños a terceros, fue la *“responsabilidad indirecta”*.

Se reconoció esta responsabilidad partiendo de que la persona jurídica estaba obligada a elegir bien sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa por ser sus dependientes o subordinados, de tal manera que si incurrían en culpas en ejercicio de su cargo, esta se proyecta hacia la entidad pública de acuerdo a lo previsto en los artículos 2341 y 2349 del Código Civil.

En materia de responsabilidad del Estado la jurisprudencia civil aplicó desde un principio los artículos 2341 y 2349 del Código Civil relacionados con la responsabilidad directa e indirecta, en su orden, para configurar lo que por sus hechos dañosos, pudiera caberles a los entes públicos

En el campo de la responsabilidad civil busca restablecer el equilibrio patrimonial roto por la conducta del causante que afecta el patrimonio del perjudicado; a la responsabilidad civil gira alrededor del concepto de daño que exige una compensación. El Código Civil Colombiano establece en su artículo 2343: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”.

El enfoque moderno en materia de responsabilidad civil busca proteger a la víctimas o perjudicados, de ahí que se han creado mecanismos en ámbito constitucional, legal y jurisprudencial que permitan al perjudicado hacer efectivos los derechos que le han sido vulnerados y a recibir la indemnización por esa violación.

## 2.3 LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 2.3.1 Evolución del principio de responsabilidad de la Administración Pública

La responsabilidad extracontractual del Estado se desprende de la clásica responsabilidad civil. Sin embargo, ha tenido una evolución teórica muy importante partiendo de la misma existencia de responsabilidad de la administración hasta lograr abandonar los fundamentos legales de la legislación civil y tener su propio fundamento legal en la Constitución Política.

En cuanto a la existencia de la responsabilidad del Estado, en un primer momento no se consideró que el Estado fuera responsable de los daños que causara por su actividad en aplicación a la teoría de Soberanía, entendida como el poder absoluto y perpetuo que justificaba la irresponsabilidad del Estado. El soberano disponía libremente de los bienes de los ciudadanos y solo era responsable de sus actos frente a la divinidad de la cual emanaba su poder. El absolutismo de los monarcas, en quien se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos ejercieran acciones tendientes a lograr el resarcimiento por los perjuicios que se le causaran por el actuar del soberano.

En este periodo, los conceptos de responsabilidad y soberanía se excluían. Anota el profesor Duguit (citado por Urueta):

Es evidente que tomadas en sí las dos nociones de responsabilidad y de soberanía son antinómicas, porque si el Estado se considera soberano no puede admitirse que sea responsable y si se afirma que es responsable, no puede admitirse que sea soberano. O la soberanía es nada, o ella es, como se ha dicho, ese rasgo de voluntad que no se determina sino por sí misma, es decir, que no puede limitarse por un elemento extraño, ni sometido a obligaciones sino en la medida en que es consentida. De ahí resulta que una persona soberana no puede ser responsable de sus actos, esto es, sometida a una obligación que se imponga a ella desde el exterior, o por lo menos no puede serlo en la medida en que lo quiera (2005, p 3).

Siendo el monarca soberano, sostiene el profesor Irisarri, (2005, p.143) no podía obrar erróneamente, ni causar perjuicio alguno, “el Estado se identificaba con su monarca”; por lo que no se concebía la posibilidad de que fuera responsable si obraba en forma dañosa.

El concepto de soberanía evolucionó de acuerdo con las ideologías imperantes. En un principio se impuso la concepción teocrática, teoría que fundamentaba el poder del soberano en su origen divino. La imputación de responsabilidad patrimonial al soberano por los daños resultantes de su actuación, pugnaba con la tradición multisecular, que a través de una combinación de la protestas imperial romana y de la concepción teocrática del poder del Monarca, encontró su expresión en el principio formulado por los juristas ingleses “el rey no puede hacer lo ilícito” (García y Fernández, 1993, p.361).

Ya en el siglo XVIII surgen las teorías democráticas que justificaron las nuevas estructuras del poder político, en las que la voluntad general se constituyó como la máxima expresión del poder en la sociedad política, y ella lo justificaba todo.

Las concepciones teocráticas y democráticas del poder político, tuvieron como fundamento la teoría de la soberanía, entendida ésta, como el poder absoluto y perpetuo que justificaba la irresponsabilidad absoluta del Estado.

El fundamento legal que sostuvo la irresponsabilidad del soberano así como las causas que llevaron a su reconocimiento fue común en todos los ordenamientos jurídicos, variando en cuanto a la forma en que se dio la ruptura con el principio de irresponsabilidad del Poder Público.

La tesis de la irresponsabilidad del Estado empieza a tener limitaciones en varios sentidos: - cuando una ley así lo establecía, fueron fuente de responsabilidad del Estado diversos textos legales en los que se empieza a imputar responsabilidad en algunos supuestos precisos como los daños causados por el ejército, por los alumnos de las escuelas públicas, daños producidos en las guerras, entre otros, - en aplicación a la teoría de los actos de poder y de gestión en los que se consideró que el Estado respondía por los daños ocasionados en desarrollo de sus actos de poder y no respondía, por los daños ocasionados en su actividad de gestión.

Fueron diversas las teorías que dieron fundamento a la responsabilidad del Estado, nos señala el profesor argentino Julio Altamira (2011, p. 5) en su estudio sobre la responsabilidad del Estado por daño. Una de ellas, la teoría de la ficción propuesta por Savigny en la que se admite responsabilidad de la administración derivada de los actos lícitos ejecutados dentro de los límites estatutarios, negando toda posibilidad de responsabilidad proveniente de actos ilícitos, por considerarse estos ejecutados por un representante fuera de los límites del mandato, de tal suerte que no es posible castigarse a una persona jurídica por los delitos cometidos por su representante.

Posteriormente surge la Teoría Organicista en la que se reconoce a la administración pública como un gran órgano del cual hacen parte sus funcionarios, de tal suerte que si el funcionario comete una falta, es la administración quien la comete y como tal se le imputa.

Otra teoría propuesta fue la teoría de la Proporcionalidad de cargas, formulada por Teissier (Altamira, 2011, p. 5) y en la que sostenía que la equivalencia e igualdad de cargas lleva a determinar responsabilidad de la administración por sus actos y por los de sus agentes, distribuyendo los daños que se ocasionen. Si el Estado perjudica a un habitante haciéndolo sufrir una daño que se considera injusto frente a los demás ciudadanos, debe indemnizarlo para no romper el principio de equidad, de igualdad que ampara a todos los ciudadanos. Esta teoría nos informa el profesor Álvaro Castro (2011, p. 536) posteriormente se aplicó en el derecho alemán como criterio de la carga desigual o especial del particular sacrificio, está basada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que sostuvo en su artículo 78 que "...unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en interés de todos"

El mismo profesor Altamira (Castro, 2011, p. 537) propuso la teoría del bien común, en la que el fundamento de la responsabilidad del Estado es el bien común de toda la

comunidad, de tal suerte que ella no puede estar satisfecha si uno de los miembros de esa comunidad sufre daños provenientes de la actividad de la administración, siendo obligatorio por lo tanto su indemnización.

Tiempo después, al justificarse el Estado como la organización con capacidad de prestar servicios públicos, surge la noción de actos de servicio público y actos ajenos al servicio público. Esta concepción tuvo como instrumento la intervención del Estado para la realización de sus fines, resultando lógico que con la intervención del Estado se ocasionaran perjuicios al patrimonio de los administrados.

Así surge la tesis de la falla del servicio, como proyección del deber ser del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y responder si causan daños en su prestación. El intervencionismo del Estado se constituye así en la fuente que permitió administrar la responsabilidad extracontractual del Estado.

Se hace distinción entre la responsabilidad proveniente de la falta o falla del servicio a la falla personal del agente. El Estado responde si al cumplir su función causa un daño, y se considera falta del agente, cuando este se extralimita en sus funciones y comete la falta.

Posteriormente Duguit (Altamira, 2011, p. 12) sustenta la teoría de la Responsabilidad por riesgo, sosteniendo que, la responsabilidad de la administración surge frente al daño o perjuicio ocasionado a un particular por el funcionamiento de los servicios públicos.

Otra teoría propuesta fue la de Mayer (Altamira, 2011, p.13) quien la llamo teoría de la equidad, y en la que al Estado le corresponde indemnizar siempre que haya obtenido una ventaja en detrimento de un administrado, si dan los siguientes requisitos: a) Que el daño fuera causado por la administración, b) Que el daño rompa la equidad castigando al administrado en forma injusta y desigual y c). La existencia de un perjurio material.

Igualmente se desarrolló la Teoría de la estricta justicia expuesta por Sarria (Altamira, 2011, p. 13), quien sostuvo que la responsabilidad del Estado surge del hecho mismo de las personas o de las cosas que tiene a su servicio, sin que sea necesario recurrir a la teoría de la falta o falla del servicio para encontrar el fundamento jurídico de la responsabilidad estatal.

Otra teoría propuesta fue la de Altamira (2011, p.14) quien defendió la Tesis de la solidaridad humana, en la que se esboza que los cimientos de la responsabilidad del Estado se encuentran en la solidaridad humana, que impone ayuda recíproca de todos los individuos pertenecientes a una colectividad; agrega que, sus fuentes las encontramos en la justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar frente a las personas que por un hecho ajeno se encuentran en situación de inferioridad.

Existen otras teorías, señala el profesor Castro (2011, p. 538), como la del Enriquecimiento ilegítimo de Hauriôu en Francia y la del Particular sacrificio defendida en Alemania igualmente, por Forsthoff.

Otro aspecto importante en la evolución de la teoría de responsabilidad del Estado se dio frente a la forma como se consideraba al Estado, si como un organismo que respondía directamente asumiendo la responsabilidad de los daños causados por sus órganos o por agentes, o como un ente que respondía indirectamente por las personas que están bajo su cuidado.

Por ultimo como punto de evolución de la teoría, se presentaba respecto a las normas a aplicar en materia de responsabilidad del Estado, en el sentido de definir si eran las mismas que regulaban la responsabilidad de los particulares contenidas en la legislación civil o se trataba de una normatividad especial y particular para este tipo de responsabilidad.

### 2.3.2 El proceso de afirmación de la responsabilidad de la Administración

En los sistemas anglosajones la irresponsabilidad de la Corona resultaba de dos principios; de un lado el *the King can do not law* (El rey no puede hacer el mal) en el plano material y por otro, la inmunidad judicial de la Corona (*non suability*) desde el punto de vista procesal, haciendo depender la *litis* de una petición formal de derechos a la Corona pero del cual quedaban excluidos de su ámbito las reclamaciones por los daños extracontractuales. El principio de irresponsabilidad de la Corona eliminaba cualquier posibilidad de exoneración de sus agentes al prohibir incluso se invocara por ellos el cumplimiento de órdenes recibidas como fuente de daños. Según las reglas del *common law* el peso de la responsabilidad por daños recaía íntegramente sobre los propios funcionarios.

Este sistema de irresponsabilidad de la Corona se mantuvo por la administración abstencionista, sin embargo empieza a tener problemas por la mayor intervención del Estado y porque la cuantía de los daños ocasionados ya no era posible ser resarcidos con el patrimonio de sus agentes, autores materiales de los daños.

La ruptura al principio del *common law* de irresponsabilidad del Estado se dio con una reforma legislativa: *Crown Proceedings Act* de 1947, que sometió a la Corona a la misma responsabilidad de las personas privadas con plena edad y capacidad, tanto en razón a los daños cometidos por sus funcionarios como por el incumplimiento de las obligaciones para con sus funcionarios.

El sistema norteamericano, inicialmente estuvo dominado por el principio de *the King can do not wrong* (lo que haga el rey no está mal). Dado el aumento de las reclamaciones por indemnización de los daños ocasionados por la Administración, el Congreso creó un órgano asesor especializado (*Court of Claims*) del que surgió un Tribunal con competencia para decidir sobre las reclamaciones de pequeñas cuantías y posteriormente se aprobó un proyecto de ley de carácter general *Federal Tort Claims Act* en 1946 mediante el cual se reconoce la responsabilidad del Estado.

Si bien en estos ordenamientos se empieza a reconocer aunque tímidamente la responsabilidad del Estado, no ocurrió lo mismo en Europa, especialmente en Alemania y Francia, ordenamientos jurídicos en los que desde el primer momento se lucha contra la irresponsabilidad del Estado, criterios que sirvieron de fuente directamente del actual sistema de responsabilidad.

En Alemania la responsabilidad patrimonial del Estado (*Staatshaftung*) se empieza a formular como *responsabilidad indirecta* por los actos ilícitos en que incurrierán los funcionarios y agentes del Estado; principio formulado en la *Constitución de Weimar* en su artículo 131: “si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a terceros, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallase el funcionario” (García y Fernández, 1993, p.361), posteriormente establecida en la Ley Fundamental de Bonn.

Junto a ésta teoría de responsabilidad patrimonial del Estado, surge la llamada teoría de la indemnización de Derecho Público que procede cuando se dan intervenciones conforme a derecho (*rechtmässige Eingriffe*) específicamente en el caso de las expropiaciones o traspaso forzoso de derechos y en el que procede la indemnización del Estado por el sacrificio de la comunidad de sus intereses y ventajas.

No siendo las anteriores teorías suficientes para la cobertura de los daños ocasionados a los ciudadanos, en especial cuando éstos provenían de acciones de la administración en los que no existía culpa o de intervenciones amparadas por la ley o en virtud del interés general, surge como producto de la doctrina y jurisprudencia una tercera fórmula de cobertura, que acoge los daños resultantes de intervenciones antijurídicas sin culpa y de situaciones de riesgo creadas por la Administración.

Así se tenían tres tipos de responsabilidad en Alemania : la responsabilidad propiamente dicha ligada a una actividad ilícita productora del daño; la indemnización de Derecho Público que cubre los daños ocasionados lícitamente, y la doctrina del riesgo y las intervenciones antijurídicas sin culpa y que fueron regulados posteriormente por la ley.

En Francia igualmente se presentó una importante evolución en relación con la responsabilidad de la administración. Inicialmente impera el principio de irresponsabilidad del Estado excluyéndose el deber de indemnizar. La única garantía que se ofrecía era la responsabilidad directa del funcionario, autor del daño, exigible de acuerdo a las normas del derecho civil. La responsabilidad directa del funcionario evolucionó en el sentido de ser exigible para imputar responsabilidad al funcionario de una autorización administrativa previa, considerada como requisito para poder demandar al funcionario por la vía civil.

De ésta intervención administrativa inicial surge la responsabilidad patrimonial de la administración. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés, reconoce la responsabilidad del funcionario siempre que se pudiera demostrar la existencia de una falta personal del agente como causante del daño, permitiendo en los eventos en los que se reputaba una *falta del servicio* dirigir la acción contra la Administración.

Inicia así la evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al restringirse la responsabilidad personal del funcionario a su falta personal causante del daño, ajena de toda relación de servicio o con intención manifiesta de causar daño, aceptándose la responsabilidad de la administración por los daños ocasionados por sus agentes cuando éstas no tengan carácter de faltas personales. Toda negligencia, error u omisión relacionada con el servicio público, es inseparable de éste, se constituye en una *faute de*

service debiendo la administración entrar a reparar el daño sufrido como responsable del servicio.

Posteriormente, con el Fallo Blanco de 1873 se establece el principio general de responsabilidad de la Administración con autonomía e independencia de los principios establecidos en el Código Civil que regula las relaciones entre particulares, continuando su evolución a tal punto que se extiende la responsabilidad de la Administración a todo tipo de servicios y daños que le sean imputables por ser producidos por personas sometidas a su autoridad o por cosas que están bajo su guarda y en los que existe un nexo causal directo entre la actividad del ente público y el perjuicio sufrido ( Esguerra, 2008, p. 259).

En el Derecho Español de una situación de irresponsabilidad absoluta del Estado, inclusive cuando el daño provenía de sus agentes, se dio paso al reconocimiento legislativo expreso del principio de la responsabilidad de la administración otorgándole además rango constitucional a la responsabilidad subsidiaria de la Administración y por ende su obligación de indemnizar cuando el daño provenía de un funcionario público que incumplía sus deberes en ejercicio de su cargo.

Con la expedición de la Ley de Expropiación Forzosa en 1954 se consagra en términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la Administración dando una gran amplitud al principio cuyo alcance se extiende a todas las esferas administrativas. Estableció el artículo 121 de la LEF la indemnización por las lesiones sufridas por los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (García y Fernández. 1993, p. 369).

Posteriormente mediante leyes generales se establece la cláusula general de cobertura patrimonial de los administrados (Ley 27 de diciembre de 1956), fórmula legal sobre la cual se edifica todo el sistema español de responsabilidad civil de la administración y sobre la cual se han dado abundantes pronunciamientos del Consejo de Estado.

Este planteamiento fue tomado por la Constitución de 1978 que asumió la cláusula general de responsabilidad de la Administración estableciendo el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Se consagra así la responsabilidad directa de la Administración no solo por los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino también los daños producidos por toda actividad lícita de la Administración o funcionamiento normal del servicio público que causa daño.

### **2.3.3. Fundamentos de la responsabilidad del Estado**

En Francia el Tribunal de Conflictos reconoce por primera vez la autonomía de la responsabilidad del Estado, no regida por normas contenidas en el Código Civil aplicables a las relaciones entre los particulares sino a través de reglas especiales, cuya elaboración correspondía al juez administrativo a través del famoso Fallo Blanco, considerado como la piedra angular de todo el derecho Administrativo.

En el Fallo Blanco se declaró que (...) “la responsabilidad que puede incumbirle al Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de los hechos de las personas que emplea para el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares” (Esguerra, 2008, p. 259).

Del contenido del Fallo Blanco se destacan dos elementos, comentan los tratadistas Long, Weil, Braibant (Irrisarri, 1986, p. 145):

La razón básica para sustraer la responsabilidad del Estado de la esfera propia del Código Civil, fue la necesidad de conciliar intereses de la colectividad en la correcta prestación de los servicios públicos, con los de los particulares que pudieran verse afectados por una falla en la correcta prestación; y de otra parte, el carácter excepcional que el fallo quiso darle a la responsabilidad del estado por fallas en la prestación de los servicios públicos, en la que la responsabilidad no es general ni absoluta, con lo cual quiso expresar que la autonomía de la responsabilidad del derecho administrativo implicaba, menor favorabilidad para los particulares frente a las soluciones que daba el Código Civil.

Si bien el Fallo Blanco proclama la autonomía de la responsabilidad del Estado, ésta se estructuró sobre el elemento culpa como se había venido haciendo en la responsabilidad civil de los particulares. Para imputar responsabilidad al Estado, era necesario demostrar la existencia de la culpa, demostrar que el perjuicio sufrido por la víctima era causado por un error de conducta imputable al Estado.

A partir de Fallo Blanco se consagró la responsabilidad del Estado, independientemente de que estuviera estatuida en una ley o fuera consecuencia de su actividad de poder o de gestión, en la falla del servicio público.

El Estado es responsable cuando se ha excedido en el ejercicio de sus poderes legales o cuando la prestación del servicio público ha sido defectuosa. Aparece la noción de servicio público como función principal del Estado, presentándose su responsabilidad cuando el servicio no se ha prestado, se ha prestado mal o su funcionamiento ha sido tardío, inadecuado o defectuoso.

Para su aplicación, primero se tomaron las normas contenidas en el Código Civil (artículos 2347 y 2349) que regulaban la responsabilidad indirecta de una persona por los hechos realizados de quienes estuvieran bajo su cuidado y por analogía se extendieron a la responsabilidad del Estado frente a las culpas de sus agentes.

Por mucho tiempo la responsabilidad del Estado fue una responsabilidad civil extracontractual, basada en la regla básica de la responsabilidad directa contenida en el artículo 2341 de Código Civil.

Bajo la consideración de que la culpa de los agentes es la misma culpa del Estado por ocurrir en el desempeño de funciones públicas, se empieza a hablar de la responsabilidad directa de la administración<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1962, Sala de Casación Civil. MP Dr. José J Gómez.

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado se dio cuando se abandonó definitivamente la culpa como fundamento básico de la responsabilidad y comenzó a hablarse de responsabilidad por falta o falla del servicio público apartándose así de las normas que hasta ese momento eran aplicadas para imputar responsabilidad al Estado: el Código Civil.

Sin embargo, la autonomía de las normas que regulaban la responsabilidad de la Administración dada por el Fallo Blanco no fue total. Si bien existen números puntos en los que difieren la responsabilidad estatal y la civil existen otros en que la aproximación entre las teorías civilistas y administrativistas es clara, por ejemplo, en Derecho Administrativo no toda falta compromete la responsabilidad de la administración, fundada en algunos casos sobre la igualdad de las cargas públicas, teoría que no tiene su equivalente en Derecho Civil; igual el funcionario por la simple falla del servicio, no es personalmente responsable, mientras que si se considera como empleado sujeto a las norma de Derecho Privado si lo sería.

En otros asuntos es clara la aproximación de las teorías civilistas y administrativas de responsabilidad como por ejemplo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los actos cometidos por sus agentes que desobedecen las órdenes recibidas en ambos regímenes se aplica la teoría del “aviso de funciones”.

Sobre la originalidad de la responsabilidad del Estado, manifiesta el profesor Vedel:

[...] la responsabilidad pública no presenta, a pesar de las diferencias, ninguna originalidad del fondo en relación con la responsabilidad privada. Es exacto que la autonomía del derecho administrativo es mucho más perceptible si se examina la teoría de los contratos administrativos que si se examina a la de la responsabilidad. (1980, p.279)

Se diferenciaba así cuando los daños provenían de un acto personal del funcionario público y aquellos en los que la culpa se encontraba directamente ligada con el ejercicio de una función propia del Estado. La responsabilidad por falla o falta en el servicio se extendió a todo el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial del Estado, que envuelve una responsabilidad directa y anónima a cargo del Estado en el que importa demostrar que se dio una actuación irregular de la administración y no una culpa personal del funcionario.

Si bien la teoría de la falla del servicio logró un gran avance en cuanto a la imputación de la responsabilidad del Estado, se empiezan a dar situaciones que no tienen cabida en el concepto de falla de servicio pero que era imperioso que el Estado respondiera por los daños sufridos, dada la dificultad que se presentaba en probar la falla del servicio o de su vínculo causal con el perjuicios, así se empieza a admitir la presunción de la falla del servicio en unos casos y en otros, la responsabilidad del Estado cuando pese a haber actuado bien, esto es, no existiendo falla en el servicio, causaba un perjuicio que la víctima no se encontraba en la obligación de soportar .

### 3. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

En Colombia el régimen de responsabilidad del Estado tuvo una evolución similar a la que se dio en los países europeos, siguiendo para su desarrollo el modelo francés.

Solo hasta finales del siglo XIX se admitió responsabilidad del Estado, creación de la jurisprudencia ya que no existía norma expresa que determinara la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en ejercicio de funciones públicas a los particulares.

#### 3.1 RESPONSABILIDAD DECLARADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Hasta la mitad del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales y Casación Civil en sentencias de octubre 20 de 1998, octubre 22 de 1896 y julio 19 de 1916, estableció la responsabilidad indirecta del Estado, bajo el argumento de que como persona jurídica estaba obligada a las reparaciones civiles por los daños que resultaran de la *mala elección o falta de vigilancia* mientras no fuera probada falta de culpa (López, 2007, p.51).

En sentencia de junio 30 de 1962, la Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Dr. José J Gómez, hizo un estudio del problema en los siguientes términos:

Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídicas la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil<sup>6</sup>

Esta teoría se fundó en la culpa cometida por los funcionarios públicos cuando causaban daños a terceros o con ocasión de sus funciones, se proyectaba sobre la administración en razón a su obligación de elegir y vigilar a sus agentes por ser sus dependientes. Es esta, una responsabilidad extracontractual indirecta.

En relación con las personas jurídicas contempladas en dos artículos, 2347 y 2349 del Código Civil de responsabilidad indirecta, la jurisprudencia halló insuficientes los fundamentos de ésta forma de responsabilidad por la inaplicabilidad de los deberes de escogimiento y control, en sentencia del 21 de agosto de 1939, la Corte Suprema de Justicia empieza a estructurar la responsabilidad directa de la persona jurídica, apartándose en la *culpa in illegendo e in vigilando* y acogiendo la tesis de que si un funcionario actúa como tal, sus acciones, omisiones y culpas en que pueda incurrir se reputan como acciones, omisiones y culpas del Estado, aplicando como soporte normativo en el artículo 2341 del Código Civil relacionado con la responsabilidad personal y directa de las personas por los

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio 30 de 1962, Sala de Casación Civil. En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia octubre 28 de 1976. CP Dr. Jorge Valencia Arango,

delitos y las culpas. Para la Corte, el Estado y sus agentes constituyen una *Unidad* de tal modo que la culpa personal del agente compromete a la persona jurídica Estado.

La culpa del derecho común, sostuvo la Corte en esta sentencia localizada en un agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada *culpa de la administración*.

Posteriormente surge la tesis de *Falla del Servicio* como proyección al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, así lo señaló en sentencia del 21 de agosto de 1939. En ese funcionamiento inadecuado quedaban incluidas las hipótesis de que el servicio no funcionó, funcionó mal o funcionó en forma tardía. La culpa del agente infractor según la tesis de la responsabilidad directa, se radicó en cabeza del Estado, configurándose la llamada "culpa de la administración". La Corte apeló al artículo 2341 del C.C para sustentar esta tesis frente a la responsabilidad civil de las personas públicas.

La teoría de la responsabilidad directa tuvo una variante que limitaba sus aplicación: la teoría Organicista, cuya idea central fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en fallo de casación de febrero de 1958 y que fue explicada bajo el siguiente argumento:

(...) Las personas jurídicas obran también mediante órganos, El órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; por ser un órgano propios y necesario para el cumplimiento de los fines (...) por ser parte integrante de su existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la personas jurídica<sup>7</sup>.

Esta teoría es una visión limitante, ya que no todos los órganos comprometen la responsabilidad del Estado, solo ocurre en los verdaderos depositarios de la voluntad de la persona jurídica, con ellos existe entonces, una responsabilidad alternativa del Estado: directa para unos órganos e indirecta para los funcionarios.

A partir de 1938, admite la Corte en determinados casos se le aplica al Estado la responsabilidad por actividades peligrosas, bajo el postulado señalado en el artículo 2356 del Código Civil.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia unifica sus criterios en materia de responsabilidad del Estado y aplica la tesis de la falla del servicio público, asimilándola a la culpa extracontractual hasta que mantuvo la competencia para conocer y juzgar los casos de responsabilidad patrimonial del Estado.

### **3.2 RESPONSABILIDAD DECLARADA POR EL CONSEJO DE ESTADO**

A partir de la Ley 167 de 1941 que expidió el Código Contencioso Administrativo se le asignó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conocer

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia., sentencia del febrero de 1958, Sala de Casación Civil.

los procesos adelantados contra el Estado por daños causados por trabajos públicos, continuando los demás asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado en cabeza de la jurisdicción ordinaria.

A partir de la expedición del Decreto 528 de 1964 se modifican las funciones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, otorgándole la competencia en la definición de las controversias sobre responsabilidad del Estado, asumiendo de plano el conocimiento de todos los hechos dañosos atribuidos al Estado.

Inicialmente se fundó, tuvo cabida el régimen de derecho común de la responsabilidad administrativa sobre el concepto de falla del servicio público, el régimen intermedio de falla o falla presunta y los regímenes objetivos en los que la falla no entra en juego.

A partir de la reforma constitucional de 1936 (Restrepo, 1995, p. 439) y la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1941, se aplica el principio de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares cuyo fundamento es la satisfacción de los intereses de la colectividad. Se estructuran las nociones de responsabilidad de las entidades de Derecho Público, creándose un sistema jurídico regido por normas sustantivas y adjetivas de Derecho Público sometidas al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En 1947 el Consejo de Estado fundamenta la teoría de responsabilidad del Estado no solo sobre las vías de hecho o abuso del poder sino también, sobre los perjuicios causados por la operación administrativa, cuya ejecución adolece de falta, pudiendo el perjudicado demandar al Estado la reparación del daño.

En sentencia de septiembre 30 de 1960, el Consejo de Estado se refiere a la separación definitiva de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad del Estado y aboga por la aplicación de normas de derecho público. Sostuvo que:

La responsabilidad del Estado no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la ley de los principios y doctrina del derecho administrativo, en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos los fines perseguidos y el plano en que se encuentran regulados<sup>8</sup>.

La anterior afirmación es sostenida dada la materia especial que regula el derecho administrativo, diferente a la tratada en el derecho civil: las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares y administrados que tiene por objeto la satisfacción de las necesidades de la comunidad y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines.

La posición del Consejo de Estado adquirió mayor solidez con la expedición del Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo que incluyó disposiciones en materia de responsabilidad del Estado, de los funcionarios públicos por daños ocasionados en

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera. sentencia de septiembre 10 de 1960 CP Dr. Francisco Eladio Gómez Mejía.

el ejercicio de sus funciones que le sean imputables a título de dolo o culpa grave y se consagró la llamada “acumulación de responsabilidades” que permite demandar en forma conjunta la entidad pública y al funcionarios para obtener la indemnización de perjuicios, todo ello, acogiendo lineamientos doctrinales y jurisprudenciales.

El Consejo de Estado funda la responsabilidad del Estado en que “todo perjuicio emanado del estado debe ser reparado ya que se constituye en una violación a la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas”<sup>9</sup>.

En sentencia de octubre 28 de 1976, se sostuvo que la responsabilidad extracontractual de la administración “encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política especialmente en las que conforman el Título Tercero de dicho estatuto que trata de los derechos Civiles y Garantías Sociales, constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la Nación como Estado de Derecho”<sup>10</sup>.

Siguió después el abandono de las reglas contenidas en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil como base de la responsabilidad aquiliana del Estado y el afianzamiento en su remplazo de la figura de la falla del servicio<sup>11</sup>.

En sentencia de mayo 5 de 1978 sostuvo el Consejo de Estado que “cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada Falta o Falla de la Administración, trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos u operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado”<sup>12</sup>.

En el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la Falla del servicio como fundamento de la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia tiene elementos estructurales similares.

Existen puntos de contacto como, la sustitución de la culpa individual por la culpa anónima, la presunción de la culpa cuando el servicio no funciona, funciona mal o en forma tardía, la necesidad de probar como presupuesto de la responsabilidad la actuación administrativa, el daño y la relación o nexo causal, y los medios con los que cuenta la administración para exonerarse de culpa.

Durante más de 20 años el Consejo de Estado reafirmó la noción de falla de servicio como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, cobijando con ésta teoría todos los eventos en los que la administración incurría en falta, retardo u omisión en el desarrollo de sus funciones.

Sin embargo, dado que no todos los casos en los que se reclamaba el resarcimiento de los perjuicios por la acción u omisión podían ser reconocidos bajo este régimen de responsabilidad, empezó esta Corporación, a formular alternativas y así desarrolló

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de junio 5 de 1972

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de octubre 28 de 1976, CP Dr. Jorge Valencia Arango

<sup>11</sup> Así se estableció en sentencias del 30 de marzo de 1966 y 28 de abril de 1967 del Consejo de Estado.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de mayo 5 de 1978.

regímenes especiales como la responsabilidad que tienden hacia la responsabilidad objetiva, con prescindencia del elemento culpa, como por ejemplo el riesgo excepcional, responsabilidad por daño especial, regímenes en los que no era posible probar la falla del servicio o en los que sin haber falla se producía un perjuicio que no tenía porque soportar.

### 3.3 RESPONSABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Bajo el imperio de la Constitución de 1886, se consideraba que el Estado administrador respondía por el incumplimiento de sus contratos y por los hechos que generaran perjuicios a terceros por fuera de un contrato; no consagraba norma expresa que impusiera al Estado la obligación de reparar los perjuicios que causara por medio de sus agentes.

Cuando el Consejo de Estado asume la competencia para conocer las demandas de responsabilidad de la administración en virtud de la Ley 167 de 1941 y empieza a separarse de las normas que regulaban la responsabilidad contenidas en el derecho privado, consolida su jurisprudencia con base en los artículos 2º, 16 y 30 de la Constitución Política de 1886, al igual que lo hizo en su momento la Corte Suprema de Justicia que consagraban el Principio de Legalidad, el Deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título<sup>13</sup>.

Establecía el artículo 16 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo N° 1 de 1936 que: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Restrepo. 1995, p.439).

Así desarrolla el Consejo de Estado la teoría de la imputación de la responsabilidad a través de la noción de Falla del servicio, que adquiere un papel relevante para justificar y delimitar la responsabilidad del Estado. Consideró el alto tribunal en sentencia de abril 18 de 1997<sup>14</sup> que:

Es primer deber del Estado, procurar la realización del bien común, propósito consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos. Si como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio, o de su no funcionamiento o del tardío funcionamiento del mismo se causa lesión o daño, el Estado es responsable, y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. La responsabilidad se origina en último término en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines, en otras palabras, a la realización del bien común.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de julio 29 de 1947, septiembre 10 de 1967, junio 24 de 1965, noviembre 17 de 1976 y mayo 22 de 1976.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 28 de 1997. CP Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Anales del Consejo de Estado. Tomo LXXII N° 413-414.

En Colombia la consagración expresa de la responsabilidad patrimonial del Estado como norma constitucional, se planteó a partir de la Constitución Política de 1991.

En sentencia C-333 de 1996<sup>15</sup>, respecto a la consagración de una norma expresa de responsabilidad del Estado en el ordenamiento constitucional, la Corte Constitucional sostuvo que:

Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada -en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 estableció la Cláusula General de Responsabilidad que señala que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”. Se constituyó así la responsabilidad del Estado como una de las piedras angulares del Estado de Derecho y como una garantía ciudadana fundamental, como lo sostuvo en su momento el constituyente y ponente de la iniciativa, el doctor Esguerra Portocarrero (2008, p. 300).

La norma constitucional contiene una regla general de responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en el daño antijurídico que instituye la obligación de reparar el perjuicio prescindiendo de todo tipo de ilicitud o culpa en la ejecución del hecho y apoyándose en la protección y garantía de los derechos de los administrados y comprende no sólo la responsabilidad sino también el sistema de responsabilidad precontractual y la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

#### 4. CONCLUSIONES

En términos generales a partir de la hipótesis de trabajo y la pregunta planteada se puede afirmar que uno de los ejes centrales de cualquier ordenamiento jurídico es el régimen de responsabilidad como elemento necesario para la reparación de las consecuencias que conlleva un hecho dañoso.

El fundamento legal de la teoría de la responsabilidad en el campo civil, son las obligaciones; y son fuente de obligaciones los actos y los hechos jurídicos. Es de los hechos jurídicos ilícitos en los que la responsabilidad jurídica encuentra su sustento jurídico en tanto que obliga a quien ha ocasionado un perjuicio a reparar el daño cometido.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de agosto 1° de 1996. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Siendo básicamente su desarrollo jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia tomó para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado los principios establecidos en la responsabilidad civil aplicando los artículos 2341 y 2349 del Código Civil relacionados con la responsabilidad directa e indirecta

La responsabilidad del Estado sufrió una evolución muy importante, ya que si bien inicialmente no se reconoció responsabilidad del Estado en virtud del poder soberano y absoluto del gobernante, ante el surgimiento de una mayor intervención del Estado para la realización de sus fines, causaba perjuicios a los ciudadanos, imponiéndosele la carga y deber de ser reparados. El intervencionismo del Estado se constituye así en la fuente que permitió administrar la responsabilidad extracontractual del Estado.

En el ámbito del derecho privado se establecen tres sistemas de responsabilidad: la responsabilidad directa, la indirecta y la falla del servicio. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia unifica sus criterios en materia de responsabilidad del Estado y aplica la tesis de la falla del servicio público, asimilándola a la culpa extracontractual hasta que mantuvo la competencia para conocer y juzgar los casos de responsabilidad patrimonial del Estado.

Cuando el Consejo de Estado asume la competencia, acoge inicialmente las tesis que aplicaba la Corte Suprema de Justicia para imputar responsabilidad al Estado. Sin embargo, prontamente desarrolla sus propias teorías de responsabilidad y así reafirma la noción de falla de servicio como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, cobijando con ésta teoría todos los eventos en los que la administración incurría en falta, retardo u omisión en el desarrollo de sus funciones

Hoy, con la expedición de la Constitución Política de 1991 se estableció la Cláusula General de Responsabilidad en virtud de la cual impone al Estado la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Se constituyó así la responsabilidad del Estado como una de las piedras angulares del Estado de Derecho y como una garantía ciudadana fundamental.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Altamira, J. (2011). *La responsabilidad Estatal por daño*. [Versión electrónica]. Recuperado de: [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdanoaltamira/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdanoaltamira/at_download/file).

Castro, A. (2007) *La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. [Versión electrónica]. Recuperado de: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

Colombia. Ministerio de Justicia. *Decreto 528 de 1964*. [Versión electrónica]. [http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto\\_0528\\_1964.htm](http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_0528_1964.htm)

Congreso de Colombia. Código Contencioso Administrativo. *Ley 167 de 1941*. [Versión electrónica]. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_contencioso\\_administrativo\\_pr009.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo_pr009.html).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. (1947). *Sentencia de julio 29 de 1947*. Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. (1960). *Sentencia de septiembre 10 de 1960*. Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. (1965). *Sentencia de junio 24 de 1965*. Colombia

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. (1966). *Sentencia de marzo 30 de 1966*. Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. (1967). *Sentencia de septiembre 10 de 1967*. Colombia

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (1976). *Sentencia de mayo 22 de 1976*. Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (1976). *Sentencia de octubre 28 de 1976*. Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (1972). *Sentencia de junio 5 de 1972*. Colombia.

Corte Constitucional (1996). *Sentencia C-333 de 1996*. Colombia

Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales y Casación Civil (1896). *Sentencia de octubre 22 de 1896*. Colombia

Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales y Casación Civil (1898). *Sentencia de octubre 20 de 1898*. Colombia.

Corte Suprema de Justicia. Justicia Sala de Negocios Generales y Casación Civil (1916). *Sentencia de julio 19 de 1916*. Colombia.

Corte Suprema de Justicia. Justicia Sala de Negocios Generales y Casación Civil (1962). *Sentencia de junio 30 de 1962*. Colombia.

Diccionario Jurídico Espasa (1999). Madrid: Espasa Calpe.

Esguerra, J. C. (2008). *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis.

García de Enterría, E y Fernández, T. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Civitas.

Gil, E. (2011). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

Irisarri, A. (1986). *La responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del servicio en Colombia. La Responsabilidad de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Larrañaga, P. (2004). *El concepto de responsabilidad. En la Teoría Contemporánea del Derecho*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Doctrina Jurídica Contemporánea.

Martínez, G. (1996). *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Olano, H. (2006). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Ramos, J. (2010). *Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Leyer.

Restrepo, C. (1995). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valencia, A. (1982). *Derecho Civil*. Tomo III. De las Obligaciones. Bogotá: Temis.

Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. España: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Tamayo, J. (2010). *Tratado de responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis.

Tamayo, A. (1998). *Manual de Obligaciones. La Responsabilidad Civil fuente de las obligaciones*. Bogotá: Temis.

Urueta, M. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. En: Recopilación Universidad Santo Tomas de Bucaramanga. Facultad de Derecho. Posgrado en Derecho Administrativo. Bucaramanga: Universidad Santo Tomas.