

# LA TEORÍA OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN

*Manuel Guillermo Sarmiento García*

## INTRODUCCIÓN

LA RESPONSABILIDAD CIVIL TANTO DEL ESTADO como de los particulares, ha sido uno de los aspectos que mayor interés y controversia ha generado, precisamente por las consecuencias y efectos que trajo consigo la revolución industrial y post-industrial de finales del siglo pasado y comienzos del actual, que incrementó considerablemente la producción de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales en todos los niveles de la sociedad<sup>1</sup>.

Esta evolución y transformación que ha experimentado la noción de responsabilidad no sólo es aplicable al derecho civil y privado en general, sino que igualmente resulta predicable del derecho público, ya que, en proporción directa al crecimiento del Estado se han incrementado los riesgos de daños que genera su actividad, y así se ha pasado de un sistema de irresponsabilidad total del Estado, con fundamento en el principio del *act of God* y en el postulado de que el “Rey no puede hacer mal”, que predominaron en el sistema jurídico anglosajón<sup>2</sup>, a un régimen de responsabilidad objetiva del Estado, como lo consagran la Carta Política colombiana de 1991 en su artículo 90 y la Constitución española de 1978 en su artículo 106, pasando por una etapa intermedia de responsabilidad subjeti-

<sup>1</sup> En este sentido el profesor francés LOUIS JOSSEERAND (*Cinco Conferencias*, Bogotá, La Gran Colombia, 1943), en una conferencia sobre la evolución de la responsabilidad, sostuvo: “El hombre de la calle, del que hablan desenfadadamente los ingleses, ocupará una posición subalterna, que no será del todo reposada. El siglo del ferrocarril, del automóvil, del avión, de la gran industria y del maquinismo; el siglo de los transportes y de la mecanización universal no será precisamente el siglo de la seguridad material. Fieles a la recomendación de NIETZSCHE, vivimos ‘peligrosamente’, y cada día más intensamente, como nos lo aconsejaba el ilustre presidente TEODORO ROOSEVELT”. Sucede entonces naturalmente que, desprovistos de la seguridad material, aspiremos cada vez más

a la seguridad jurídica. El desarrollo de la responsabilidad es así función de la inseguridad, y la fórmula “vivir peligrosamente” trae aparejada fatalmente otra, que constituye su réplica y su sanción: responder de nuestros actos.

<sup>2</sup> Cfr. FERNANDO HINESTROSA. Prólogo a JUAN CARLOS HENAO. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 13; ROLAND DRAGO. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de la administración pública en Francia”, en *La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España e Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 63 a 76.

va, defendida por la doctrina y la jurisprudencia francesas, con fundamento en la teoría de la falla del servicio, probada y presunta, que no es otra cosa que la aplicación de la noción clásica y tradicional de la culpa, propia del derecho civil, pero aplicable a la actividad del Estado.

## I. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

EL ESTUDIO DEL RÉGIMEN QUE GOBIERNA la responsabilidad estatal en el derecho colombiano, implica el análisis de las dos grandes y tradicionales categorías en que históricamente se ha clasificado la responsabilidad civil: contractual y extracontractual, clasificación que responde al postulado clásico heredado del derecho romano<sup>3</sup>, retomado posteriormente por las diferentes corrientes romanísticas europeas, de separar lo que es propio y ajeno al contrato, como principal fuente de relaciones jurídicas tanto en el campo privado como administrativo. Respecto a estas dos categorías de la responsabilidad estatal, resulta importante precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia francesas, de cuyas fuentes ha bebido la doctrina y jurisprudencia colombianas, le han otorgado mayor importancia al estudio de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por ser en esta órbita donde con mayor frecuencia e intensidad, y como efecto de una actividad pública que cada día adquiere más presencia, se generan mayores daños a los particulares; habiéndose dejado en un segundo plano el estudio de la responsabilidad contractual, que sólo ha adquirido relativa importancia en los últimos años, como consecuencia de los procesos de privatización en materia de infraestructura y servicios públicos, que se han desarrollado básicamente bajo la forma contractual de la concesión.

No obstante la división clásica de la responsabilidad estatal en contractual y extracontractual, el derecho colombiano constituye un caso interesante en esta materia, ya que unificó en una norma de carácter constitucional (art. 90 de 1991) los regímenes de tipo extracontractual y contractual, consagrando un principio general de responsabilidad del Estado, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia de fecha 1.º de agosto de 1996, al decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que tipifica la responsabilidad de la administración en materia contractual<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Respecto de esta clasificación de la responsabilidad el profesor argentino ATILIO ANÍBAL ALTERINI (*Responsabilidad civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, p. 360) sostiene: “Una característica de nuestro sistema legal son las diferencias de régimen entre responsabilidad contractual y extracontractual. La distinción proviene de Roma: en la ley de las XII Tablas la responsabilidad era contractual; en la Lex Aquilia, extracontractual. Por eso se las estudió y legisló separadamente (*v. gr.*, en las Institutas y el Digesto), y de allí pasó al derecho francés. En el derecho alemán se plasmó una parte general común a ambos órdenes de

responsabilidad, y el criterio fue seguido por otros códigos vigentes: suizo de las obligaciones, brasileño, del Distrito Federal mejicano, italiano de 1942, portugués de 1967, boliviano de 1975, peruano de 1984, paraguayo de 1987”.

<sup>4</sup> La Corte Constitucional en esta oportunidad sostuvo lo siguiente: “Por el contrario, para esta corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no solo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídica

## A. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

SIN PERJUICIO DE LA TIPIFICACIÓN TANTO CONSTITUCIONAL como legal del régimen de responsabilidad estatal en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta importante destacar que, con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, toda la teoría sobre la responsabilidad civil extracontractual de la administración pública fue el producto de una admirable y tesonera labor jurisprudencial, primero de la Corte Suprema de Justicia y a partir de 1964 del Consejo de Estado<sup>5</sup>, quienes bajo la influencia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia francesas elaboraron los principios fundamentales de la responsabilidad del Estado, construyendo un verdadero derecho pretoriano en esta materia, similar a lo ocurrido en Francia<sup>6</sup>; lo cual, en mi opinión, se ha constituido en un obstáculo para la asimilación y desarrollo de los nuevos principios constitucionales y legales que gobiernan el régimen de responsabilidad del Estado en Colombia, tanto en el campo contractual como extracontractual, como lo analizaremos más adelante en este trabajo.

Desde el punto de vista general, ya que no disponemos de mucho espacio para extendernos en esta materia, podemos distinguir cuatro etapas en la evolución jurisprudencial del régimen de responsabilidad civil extracontractual del Estado.

1. La primera etapa corresponde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y comprende un período que va desde 1896 hasta 1938, donde la Corte fundamentó la obligación de reparar los perjuicios causados como consecuencia de la actividad del Estado en los principios esenciales que gobiernan la responsabilidad civil extracontractual de los particulares tipificados en el Código Civil; concretamente en el régimen de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, consagrado en los artículos 2347 y 2349<sup>7</sup>

co-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual”: sentencia C-333 del 1.º de agosto de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

<sup>5</sup> Mediante el Decreto Ley 528 de 1964 se le otorgó al Consejo de Estado competencia general para conocer todos los casos de responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado.

En el mismo sentido el profesor ROLAND DRAGO, de la Universidad de París (ob. cit., p. 63), sostiene: “El sistema de responsabilidad del poder público en Francia es ciertamente la construcción intelectual más original y más elaborada que se deba a la jurisdicción administrativa. El principio de la responsabilidad, sus fundamentos, la diversidad de los regímenes, unido a la naturaleza de los servicios públicos en cuestión, todo, prácticamente, es el resultado de una construcción pretoriana”.

<sup>6</sup> El francés JACQUES MOREAU, de la Universidad de París (“La responsabilidad administrativa en el derecho francés” en *La responsabilidad de la administración pública en*

*Colombia, España e Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 79 a 97), sostiene: “Aunque se corra el riesgo de parecer trivial, hay que recordar, desde la primera frase de esta ponencia, una verdad evidente que domina toda la materia: en el sistema jurídico francés la responsabilidad administrativa, llamada todavía responsabilidad del poder público, es una creación de la jurisprudencia; esencialmente sigue siendo todavía hoy obra del Consejo de Estado y del Tribunal de Competencias”.

<sup>7</sup> El artículo 2347 del Código Civil colombiano es el siguiente: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

“Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. (Modificado Dcto. 2820/74, art. 65).

“Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

“Así, los directores de colegios y escuelas

del Código Civil, que fundamentan la responsabilidad del agente del daño en las nociones clásicas del derecho romano de la “culpa *in vigilando*” y la “culpa *in eligendo*”<sup>8</sup>.

Según la Corte, el Estado resultaba obligado a indemnizar los daños causados como consecuencia de la actividad de sus agentes, por haber incurrido en culpa, tanto en la vigilancia como en la elección de los mismos, o sea, su responsabilidad era de carácter indirecto, con fundamento en un presupuesto de carácter subjetivo, consistente en la conducta culposa que le resultaba imputable, conducta esta que de acuerdo con las reglas del derecho civil se presume<sup>9</sup>.

2. La segunda etapa corresponde igualmente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y va desde 1938 a 1941, en este periodo la Corte modifica su doctrina sobre el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ya que, si bien sigue apoyándose en las normas

responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. (Derogado Dcto. 2820 de 1974, art. 70).

“Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

El artículo 2349 del Código Civil colombiano es el siguiente: “Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos, pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

El artículo 2347 del Código Civil, cuya redacción es muy similar al artículo 1384 del Código Civil francés —con excepción del aparte relativo a la responsabilidad por el hecho de las cosas que se tienen bajo custodia o guarda, que no aparece en texto colombiano, como lo vimos anteriormente—, al regular la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno la fundamentan en la noción de “culpa presunta”, la cual no radica en los viejos conceptos de culpa *in vigilando* e *in eligendo*, heredados del derecho romano, retomados por la doctrina y la jurisprudencia francesas del siglo pasado y principios de éste, y que aún siguen influyendo a nuestros tratadistas y jueces, con excepciones importantes, obviamente. La presunción de culpa contenida en el artículo 2347 no tiene entonces su razón de ser en los errores de

vigilancia o elección por parte de las personas que deben responder por los actos culposos o no de sus hijos menores, pupilos, alumnos, dependientes o subalternos, sino en los riesgos que implica para estas personas la actividad que desarrollan sus hijos, dependientes o subordinados, en razón de los poderes de autoridad, dirección y control que les imponen la ley o el negocio jurídico.

<sup>8</sup> Sobre esta clasificación de la culpa cfr. MANUEL GUILLERMO SARMIENTO. “La teoría del riesgo y la responsabilidad civil”, en AA. VV. *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 244 y 245.

<sup>9</sup> El exconsejero de Estado ANTONIO JOSÉ DE IRRISARRI RESTREPO (“La responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del servicio en Colombia” en *La responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España e Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 141 a 160) sobre este punto sostiene: “En sentencia del 20 de octubre de 1898 la Corte sostuvo que quien tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causan daños a las personas o a las cosas se hace responsable de las faltas de sus dependientes “por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño del cargo”, y afirma que esos principios han de ser más rigurosos, “si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra”, puntualizando que tal era hasta ese momento la doctrina consagrada por la propia Corte en fallos anteriores.

del Código Civil que tipifican la responsabilidad de los particulares, en esta segunda etapa se considera que el Estado debe responder no en forma indirecta por el hecho de sus agentes, sino en forma directa como cualquier persona jurídica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil<sup>10</sup>, que consagra un régimen de responsabilidad subjetivo bajo el sistema de la culpa probada; a diferencia del régimen previsto para la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, contenido en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que establecen el sistema de la culpa presunta, el cual resulta más favorable para la víctima del daño.

3. La tercera etapa de la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado se caracteriza por un cambio importante que presenta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia a partir de 1941, cuando inicia un proceso tendiente a construir una teoría autónoma de la responsabilidad estatal, independiente del sistema jurídico de derecho privado que había predominado en las dos primeras etapas, donde la obligación de indemnizar por parte del Estado los perjuicios causados a los particulares como consecuencia de su actividad está directamente vinculado con la debida prestación de los servicios públicos a cargo de la administración; surge así por primera vez en la jurisprudencia colombiana la noción de falla o falta del servicio como fundamento de la responsabilidad estatal<sup>11</sup>, que desde el siglo XIX había pregonado y desarrollado la jurisprudencia

<sup>10</sup> Cfr. Casación del 21 de agosto de 1939, *G. J.*, t. XLVIII, 1950, p. 663.

<sup>11</sup> La sentencia de la Corte Suprema de Justicia más representativa de este periodo es la del 3 de junio de 1962, conocida como el caso Tinjacá, donde la Corte sostuvo:

a. No juega ningún papel la noción de culpa individual de un agente determinado, pues se sustituye ese concepto por el de falla del servicio o culpa de la administración. En consecuencia, no es necesario demostrar la acción u omisión de un determinado agente; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima.

b. Se presume la culpa del ente público, por el deber primario del Estado de prestar adecuadamente los servicios públicos, más no por razón del incumplimiento de las obligaciones *in eligendo e in vigilando*, ya que ellas no existen en la responsabilidad directa.

c. A la víctima le es suficiente demostrar la falla causante del perjuicio y el daño consecuencial; a la administración, si quiere liberarse de responsabilidad, le incumbe probar la intervención de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de tercero o culpa de la víctima). Todo ello indica que la responsabilidad en caso de falla del servicio, no es “objetiva”, pues reposa en el factor culpa, y, a pesar de que la tendencia universal a estos respectos se orienta a la generalización a la manera de un seguro permanente o a apo-

yarse en la teoría del “riesgo creado”, la jurisprudencia nacional no cuenta con el germen legal que le permita llevar hasta esos extremos la responsabilidad de la administración pública nacida por fuera del contrato, pues “la Corte —dice el fallo comentado, citando varias sentencias precedentes— tiene descartada la teoría del “riesgo creado” como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originaria (*sic*) en actividades peligrosas”.

d. Aunque la doctrina nacional, hasta ese momento, había controvertido el fundamento positivo del sistema que hace radicar la responsabilidad del Estado en la prestación inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos, la Corte reitera que tal fundamento lo halla —como anteriormente lo había encontrado— en el artículo 2341 del C. C., pero agrega que lo encuentra, además, en el precepto 16 de la Constitución Nacional, ya que “entre los “deberes sociales del Estado” sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes”, de manera que, fallando éstos, el Estado —principal destinatario de la norma constitucional— deja de dar cumplimiento al mandato de la Carta Fundamental y, en consecuencia, debe reparar el daño causado. Se trata, pues, de una responsabilidad directa”.

Texto citado por IRRISARRI RESTREPO. Ob. cit., pp. 152 y 153.

cia del Consejo de Estado francés, principalmente a partir del famoso fallo Blanco del 8 de febrero de 1873<sup>12</sup>.

4. La cuarta y más importante etapa de esta evolución histórica corresponde a la doctrina construida y elaborada en forma sistemática por el Consejo de Estado, quien a partir de 1964, año de la expedición del Decreto Ley 528, asume la competencia plena y general para conocer todos los casos relacionados con la responsabilidad civil del Estado, tanto desde el punto de vista contractual como extracontractual. La teoría jurisprudencial de la “falla del servicio” como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado se ha convertido, en el derecho administrativo colombiano, en un principio general que cobija todas las actividades públicas<sup>13</sup>, celosamente defendido por el Consejo de Estado, que aún hoy, después de haberse tipificado en la Constitución de 1991 el régimen de responsabilidad estatal bajo parámetros esencialmente distintos, lo sigue pregonando y exaltando, con muy contadas excepciones, como razón única, exclusiva y excluyente de la obligación de indemnizar los daños causados por el Estado.

Esta tesis de la “falla del servicio” fue el resultado, como lo manifestamos anteriormente, de la acogida que nuestro máximo tribunal de lo contencioso administrativo le otorgó a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, quien a su vez había consagrado el principio general en virtud del cual el Estado debe responder por los daños causados a los particulares como consecuencia de que “el servicio público no ha funcionado o ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente”.

Esta tesis de la “falla del servicio” la aplicó el Consejo de Estado con anterioridad a 1964, cuando tenía una competencia residual para conocer y decidir los casos de responsabilidad estatal, y la continuó desarrollando y consolidando con posterioridad a este año, una vez adquirió la competencia

El profesor colombiano JUAN CARLOS HENAO (“Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 741), comentando la sentencia del caso Tinjacá, sostiene: “La precitada sentencia de 1962 sobre el caso Tinjacá expresamente afirmaba, al igual que otras providencias, la imposibilidad de aplicar en Colombia la teoría del riesgo creado y en general la responsabilidad objetiva, lo cual no obsta para que la discusión pueda darse. Es decir, la discusión acerca de si solamente existía la responsabilidad directa –art. 2341– o la indirecta –2347 y 2349–, si además pudiera hablarse de una responsabilidad derivada del artículo 2356 u otras teorías, bien puede plantearse”.

<sup>12</sup> Los principios fundamentales expuestos por el Consejo de Estado francés en el fallo Blanco son los siguientes:

1. Se consagra el principio de la responsabilidad del Estado;

2. Pero esta responsabilidad está sometida a un régimen jurídico especial, flexible y variable según el servicio, de manera que esta responsabilidad no es la del Código Civil.

3. La jurisdicción administrativa es la única competente para su conocimiento, y es su jurisprudencia la que va a definir los límites de esa responsabilidad.

Cfr. DRAGO. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de la administración pública en Francia”, cit., pp. 63 a 76.

<sup>13</sup> En este sentido HENAO (ob. cit., p. 752) sostiene: “Como se observa, con los ejemplos citados, la jurisprudencia del Consejo de Estado consolida y extiende la noción de falla del servicio a todos los servicios públicos administrativos, sin que se encuentren antecedentes en materia de error judicial o de responsabilidad del Estado-Legislator. Se avanza, pues, en la cobertura de la responsabilidad, aunque la falla del servicio continúa siendo el fundamento principal, y casi único, en la práctica, de la responsabilidad”.

general en la materia, apoyándose en normas de carácter constitucional contenidas en la antigua Carta de 1886.

En ausencia de un canon constitucional que consagrara un principio general de responsabilidad estatal, el Consejo de Estado, como lo había hecho la Corte Suprema de Justicia a partir de 1941, consideró que el artículo 16 de la Carta Política de 1886 constituía la norma básica que obligaba al Estado a responder e indemnizar los daños causados a los particulares como resultado de su actividad pública.

Esta norma consagraba las obligaciones fundamentales de protección a cargo de las autoridades públicas, frente a la vida, honra y bienes de los ciudadanos, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado<sup>14</sup>; sin embargo, no contenía un principio general de responsabilidad, como sí sucedía en otros ordenamientos constitucionales como el italiano (art. 28) o el español (art. 106.2).

Además del artículo 16, la jurisprudencia del Consejo de Estado invocó otras disposiciones de carácter constitucional, como los artículos 20, 21, 30 a 35, 44, 45 y 51<sup>15</sup> relacionados con los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, para fundamentar la responsabilidad del Estado, disposiciones estas que, igual a como acontecía con el artículo 16, no consagraban un principio general de responsabilidad de la administración pública.

Lo que no resulta muy claro en este planteamiento general de la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado respecto a la falla del servicio es la vinculación que este tribunal ha hecho entre la conducta de la administración que no presta un servicio público, o lo presta deficientemente o lo presta tardíamente, y los deberes de protección del Estado frente a los ciudadanos y al ejercicio de sus garantías públicas; ya que la noción de falla del servicio es un concepto de carácter subjetivo que se relaciona directamente con el comportamiento culposo de la respectiva entidad a la cual se le reclama la correspondiente indemnización<sup>16</sup>, mientras que los deberes en cabeza del Estado respecto a la protección de los ciudadanos en su vida, honra y bienes, y la garantía que debe otorgar para el ejercicio de sus

<sup>14</sup> El artículo 16 de la Constitución Política de 1886 decía: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (art. 9.º Acto Legislativo n.º 1 de 1936).

<sup>15</sup> Cfr. sentencias del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1976 y 28 de junio de 1984.

<sup>16</sup> En este sentido el consejero de Estado MANUEL URUETA sostiene: “Desde el año 1939, la jurisprudencia colombiana ha hablado indistintamente de la falla del servicio público como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado. Dicha terminología es quizás impropia porque debería hablarse más bien de la ‘culpa del servicio público’. A este propósito vale

la pena citar la siguiente precisión que hace el profesor DE LAUBADERE en derecho francés y que es predicable del derecho colombiano respecto de la culpa administrativa: ‘La culpa administrativa (*faute administrative*) puede revestir uno u otro de los aspectos siguientes:

“Ella puede, de una parte, consistir en una culpa individual (*faute individuelle*), cometida por un agente que es posible identificar; se trata entonces de la culpa de servicio del funcionario (*faute de service du fonctionnaire*), que ya se ha tenido la oportunidad de analizar.

“Pero la culpa administrativa puede consistir igualmente en una culpa anónima (*faute anonyme*), cuyo autor no aparece de manera clara bajo la forma de un funcionario identificable: es el servicio en su conjunto que ha funcionado mal [...] La jurisprudencia

derechos civiles, son normas constitucionales de carácter eminentemente objetivo, cuyo cumplimiento no está vinculado directamente con la debida prestación de un servicio público, por cuanto ni el artículo 16 de la Constitución de 1886 ni las demás normas constitucionales citadas lo consideraban como elemento estructural de las garantías sociales allí consagradas; en otras palabras, los deberes sociales del Estado frente a los particulares, debían cumplirse por mandado constitucional-autónomo, independientemente de la noción de servicio público, ya que algunos de estos eran prestados por los particulares, como el caso del servicio de transporte y del servicio notarial; lo cual demuestra que, así el Consejo de Estado se hubiera querido desligar de las normas del Código Civil para fundamentar la responsabilidad estatal, construyendo una teoría novedosa y autónoma, su esfuerzo de consolidación y sistematización de una doctrina, como la de la “falla del servicio”, en cuya primera etapa se exigió la prueba de esta por parte de la víctima, y posteriormente se adoptó el sistema de la falla presunta<sup>17</sup>, no ha producido los efectos deseados, ya que esta noción no se diferencia sustancialmente del concepto de culpa probada y presunta que tradicionalmente ha sido el fundamento de la responsabilidad civil en el derecho privado.

Lo que sí resulta novedoso y moderno en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad civil de la administración pública y le otorga autonomía frente a la normatividad de carácter privado son las teorías elaboradas sobre daño especial, responsabilidad por ocupación de inmuebles, responsabilidad por ejecución de obras públicas, responsabilidad por depósito o bodegaje y responsabilidad por riesgo excepcional<sup>18</sup>, donde el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la “falla del servicio”, de carácter eminentemente subjetivo, como se explicó anteriormente, sino que el régimen aplicable en estos casos es de tipo objetivo, o de responsabilidad sin culpa, con fundamento en el principio de “la igualdad frente a los cargas públicas”; con lo cual el Consejo de Estado inició a nivel jurisprudencial el proceso que culminó finalmente con la consagración en el artículo 90 de la actual Constitución Política de un sistema de responsabilidad objetivo con fundamento en el daño antijurídico, como se analizará posteriormente.

## B. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL ESTADO

COMO LO ADVERTIMOS ANTERIORMENTE, EL TEMA de la responsabilidad estatal en materia contractual no ha tenido el amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial que le ha correspondido a la responsabilidad civil extracontractual del Estado; sólo a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, y principalmente de la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, la doctrina y la juris-

ha dado [...] a este tipo de culpa administrativa el nombre, sin duda puramente metafórico pero muy expresivo, de culpa del servicio público (*faute du service public*)...”.

<sup>17</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera.

ra. Sentencia del 31 de julio de 1989, C. P.: ANTONIO JOSÉ DE IRRISARRI RESTREPO, exp. 2852 (252).

<sup>18</sup> Cfr. el análisis de estas teorías en HENAO. Ob. cit.



prudencia colombianas se han interesado en este tema, que como lo manifestamos en la introducción reviste una singular importancia debido a los procesos de privatización de la infraestructura del transporte y de los servicios públicos en general, que en la mayor parte de los casos se realizan a través del contrato de concesión.

Con anterioridad a la expedición de estas normas tanto de carácter constitucional como legal, la jurisprudencia del Consejo de Estado había considerado que, a pesar de la existencia de estatutos de contratación administrativa, como el Decreto 150 de 1976, sustituido posteriormente por el Decreto 222 de 1983, debían aplicarse en materia de contratos estatales y de responsabilidad contractual de la administración pública las normas de derecho privado que regulaban los contratos, especialmente las contenidas en el Código Civil; son múltiples las decisiones que en este sentido ha proferido el Consejo de Estado<sup>19</sup>, remitiéndose la mayor parte de las veces al régimen de responsabilidad contractual consagrado en el Código Civil, lo mismo que a las interpretaciones jurisprudenciales que sobre dicho régimen hiciera la Corte Suprema de Justicia; sólo en contadas ocasiones el Consejo de Estado se apartó de la doctrina jurisprudencial de la Corte y fijó posiciones propias<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> En tres sentencias, con ponencia de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO, el Consejo de Estado, Sección Tercera, sostuvo: a. “Si bien es cierto que el Decreto 150 de 1976 consagraba, como lo hace ahora el Decreto 222 de 1983, causales de nulidad de los contratos celebrados por la administración, también lo es que las reglas del Código Civil sobre la materia, deben ser tenidas en cuenta para los efectos sancionatorios de los actos que están afectados de vicios. No se puede, por tanto, separar las normas de la contratación administrativa del régimen de nulidad que el ordenamiento privado regula, puesto que es el poder del orden jurídico el que monta guardia para evitar conductas que resientan los derechos tutelados por la ley, con criterio superior”. Sentencia del 21 de junio de 1984, exp. 3071, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 152, agosto de 1984.

b. “En la etapa precontractual no puede establecerse responsabilidad si los propios intervinientes logran formalizar el negocio jurídico ofrecido, licitado o prometido, con prescindencia de cualquier hecho alterador, bajo el entendimiento que las voluntades que se expresan de esta manera van dirigidas a superar los escollos iniciales, puesto que subjetivamente no se aprecia ninguna conducta determinante de culpa, que sería el complemento necesario del hecho antijurídico que es el real o supuesto incumplimiento. Al no existir apremio para hacer el contrato de obra n.º 070, es improcedente la pretensión de perjuicios. Por el contrario:

en un plan de armonía, se logró la legalización del contrato, y si se quiere llegar a los efectos indemnizatorios, de que trata el inciso *in fine* del artículo 1610 del Código Civil, solamente podrá acogerse frente a la mora del deudor, que emanaría de la inobservancia plena o total del acto creador de la obligación de hacer. Y ya se ha dicho que no operó la mora, ni el atraso culpable, para la concreción del contrato de obra, tantas veces mencionado”. Sentencia del 23 de febrero de 1984, exp. 1540, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 150, junio de 1984.

c. “Todo lo dicho hasta aquí, mueve a la Sala a entrar en precisiones sobre las circunstancias sustanciales que se ofrecen en el *sub lite*, cuando se está frente a una negativa a la entrega del anticipo, por un contratante, y ante la no iniciación de las obras, por el otro, que, en un primer momento puede dar cabida a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, si se enfoca rápidamente, y que permitiría, atendidas las precisiones del artículo 1609 del Código Civil, en consonancia con los artículos 1610 y 1615 de la misma obra, que la mora de ambos contratantes reste la posibilidad de la indemnización de perjuicios, como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación Civil del 7 de diciembre de 1982, y que el Consejo comparte ahora”. Sentencia del 16 de febrero de 1984, exp. 2509, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 148, abril de 1984.

<sup>20</sup> En este sentido el Consejo de Estado

Lo cierto es que no se ha construido por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado una doctrina sólida y consistente sobre la responsabilidad contractual de la administración pública, a diferencia de lo ocurrido con el tema de la responsabilidad extracontractual, como se analizó anteriormente; en el próximo acápite tendremos oportunidad de estudiar con detenimiento la estructura de esta responsabilidad contractual del Estado, que ha sido tipificada no solo en la ley de contratación estatal sino en la misma Constitución Política.

## II. EL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

TODO TIPO DE RESPONSABILIDAD, CUALQUIERA que sea su naturaleza o categoría, implica en todos los casos la obligación de indemnizar, cuya fuente exclusiva y excluyente es el *daño* y sólo el daño, lo cual da lugar a que el derecho moderno de las obligaciones haya considerado como principio fundamental que domina el tema indemnizatorio, el siguiente postulado: “sin daño no hay responsabilidad”<sup>21</sup>; es decir que el daño, entendido como un hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, en su patrimonio o en sus sentimientos<sup>22</sup>, se convierte en el núcleo esencial alrededor del cual giran todos los sistemas de responsabilidad civil, ya sea del Estado o de los particulares.

Este planteamiento resulta de vital importancia, ya que desconoce totalmente el postulado clásico que ha dominado por siglos esta materia, en virtud del cual “no hay responsabilidad sin culpa”, ya se trate de culpa probada o presunta, con lo cual el fundamento de la obligación de indem-

se pronunció en la siguiente forma: “En reciente fallo de esta misma Sala, el Consejo de Estado se apartó de la tesis de la Corte Suprema según la cual la ley presume que toda infracción de un contrato origina perjuicios, y explicó cómo en todo caso de responsabilidad contractual o extracontractual es necesario que se demuestre el incumplimiento de una obligación –contractual o extracontractual–, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquella (cfr. sentencia del 14 de diciembre de 1989, exp. 5685, actor: CIRO ANGARITA BARÓN), y aprovecha esta oportunidad para reafirmar su criterio sobre el particular”: sentencia del 6 de abril de 1990, C. P.: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, exp. 5916.

<sup>21</sup> En este sentido, SARMIENTO. Ob. cit., pp. 201 y 202, sostiene: “Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad de que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una noción de potencialidad referida esencialmente al daño, elemento este que estructura todo el derecho de la responsabilidad y le otorga a la teoría que lleva su nombre un contenido esencialmente objetivo en el análisis de los hechos y las conductas que traen como consecuencia un perjuicio; objetividad esta que dista mucho

del contenido mecanicista y materialista que alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia le ha imputado a la teoría del riesgo como fundamento del sistema de responsabilidad objetivo, amparándose en un falso humanismo y dando a entender que la noción de riesgo conlleva un regreso a las épocas de la barbarie y la venganza, cuando el objetivo fundamental de dicha noción es colocar el derecho de la responsabilidad a tono con los avances tecnológicos e industriales del mundo contemporáneo y proteger a los particulares de esos riesgos que el avance de la técnica trae consigo, acorde con la realidad que vivimos, a la cual debemos enfrentar con realismo y honestidad y no darle la espalda con la enunciación de fórmulas abstractas que no están en capacidad de interpretar y reflejar fielmente los hechos humanos y sociales, finalidad básica de la regulación normativa”.

<sup>22</sup> Sobre este punto JORGE PEIRANO FACIO, sostiene: “De modo un tanto descriptivo, pero sumamente comprensivo, podemos afirmar que daño es la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo”: *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Temis, 1979, p. 361.

nizar no se centra en la existencia de un daño, sino en la conducta culposa del agente del mismo, trayendo como consecuencia una situación completamente absurda, en virtud de la cual, no obstante la producción de un daño que ha afectado a un sujeto de derecho, este no es indemnizable, ya que el agente que lo causó no tuvo un comportamiento culposo, o la víctima que sufrió el perjuicio no está en capacidad de demostrar dicha conducta.

Estas consideraciones generales sobre el origen y fundamento de la responsabilidad resultan pertinentes para el análisis del tema materia de la presente ponencia, ya que la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto desde el punto de vista contractual como extracontractual, tiene como único fundamento el daño, que la Constitución califica como *daño antijurídico*<sup>23</sup>.

Así se desprende del artículo 90 de la norma constitucional que en su inciso 1.º establece: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Esta disposición, como en su oportunidad lo sostuvo la Corte Constitucional al decidir una demanda de inconstitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, consagra un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, aplicable a todas sus actividades y extensiva tanto a las situaciones de carácter contractual como extracontractual<sup>24</sup>.

Esta tipificación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, en mi opinión, excluye totalmente la doctrina tradicional del Consejo de Estado colombiano sobre la “falla del servicio” como fundamento de este tipo de responsabilidad, al colocar la obligación de indemnizar los perjuicios que causan las autoridades en todos los órdenes de la actividad pública sobre bases objetivas, vinculadas única y exclusivamente con la relación de causalidad material entre la acción o la omisión de dichas autoridades y el daño antijurídico causado, sin consideración alguna a si su comportamiento o conducta constituye o no una “falla del servicio”, ya sea porque este no se prestó, o se prestó deficientemente, o se prestó tardíamente; sólo en casos aislados el Consejo de Estado se ha pronunciado en este sentido<sup>25</sup>, reconociendo que el artículo 90, de la Constitución Política consagra un régimen objetivo de responsabilidad, que excluye cualquier imputación de carácter subjetivo, como claramente se desprende del principio constitucional citado, que la doctrina jurisprudencial mayoritaria del alto tribunal de lo contencioso administrativo ha sido renuente a aceptar.

<sup>23</sup> Sobre este punto HENAO (ob. cit., p. 38) opina: “Sin embargo, en ocasiones, a pesar de existir daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no

es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”.

<sup>24</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-333, 1.º de agosto de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Cfr. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de septiembre de 1997, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, exp. 11754.

Cfr. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de diciembre de 1996, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, exp. 10299.

<sup>25</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 30 de julio de 1992, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, exp. 6941.

Esta responsabilidad de carácter contractual, lo mismo que la responsabilidad de tipo extracontractual, tiene su fuente única, exclusiva y excluyente en el *daño*; si este no se produce, o no se demuestra su realización no hay lugar a responsabilidad: en esto consiste la importancia de la relación daño-responsabilidad, que analizamos anteriormente, la cual desvirtúa la relación culpa-responsabilidad; que los defensores de la teoría subjetiva pregonan como fundamento de la responsabilidad civil.

De igual manera, la relación daño-responsabilidad en el campo contractual implica que no todo incumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato genera responsabilidad: se requiere en todos los casos que dicho incumplimiento haya causado un daño, ya que sólo el daño y nada más que el daño constituye la fuente y el fundamento de la obligación de indemnizar, lo cual desvirtúa una de las tesis tradicionalmente defendida por la jurisprudencia colombiana, según la cual el sólo incumplimiento de las obligaciones genera una presunción de culpabilidad como fundamento de la responsabilidad contractual, sin haber establecido previamente que dicho incumplimiento había producido un daño<sup>26</sup>.

El artículo 90 de la Constitución establece con toda claridad que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado es el *daño antijurídico*, y la Corte Constitucional, como máximo guardián de las normas constitucionales, al hacer una interpretación autorizada de esta disposición, en sentencia varias veces citada, sostuvo que el artículo 90 contiene un principio general de responsabilidad aplicable tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual del Estado.

La pregunta que surge entonces es qué se entiende por daño antijurídico, ya que la Constitución no trae una definición del mismo; sobre este concepto tanto la doctrina como la jurisprudencia han emitido diversas opiniones: la doctrina del derecho civil ha sostenido que el daño antijurídico consiste en la lesión al derecho ajeno o a un interés legítimamente tutelado; con lo cual se deduce que si se produce un hecho que afecta materialmente a una persona, pero no vulnera ninguno de sus derechos o intereses legítimamente tutelados, no se genera un daño antijurídico, ya que la noción del daño antijurídico está integrada por dos elementos: un elemento fáctico o de carácter material, y un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión de un derecho<sup>27</sup>; esta fue la posición defendida por mucho tiempo por la doctrina y la jurisprudencia belga y francesa<sup>28</sup>, que influyó en el derecho latinoamericano, en especial en el chileno, donde fue combatida firmemente por el distinguido tratadista de derecho civil ALESSANDRI RODRÍGUEZ<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 1962.

<sup>27</sup> En este sentido PEIRANO FACIO. Ob. cit., pp. 357 y 358, sostiene: “Estas definiciones, y otras que podrían traerse a colación, están mostrando que en el concepto de la doctrina dominante la noción de daño se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la

lesión de un derecho. Esta concepción, que encuentra su antecedente remoto en las enseñanzas de BOSC, que sostenía que a los efectos de la responsabilidad era necesario que el acto que la originaba fuera cumplido sin derecho y que atacara a la víctima en un derecho, fue explayada detenidamente por la doctrina belga y por la doctrina francesa, siendo aceptada, tradicionalmente, por la jurisprudencia de dichos países”.

<sup>28</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 358.

De igual manera, en las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente que finalmente expidió la Carta Política de 1991 encontramos referencias a la noción de daño antijurídico, en el sentido de que este existe “cuando se causa un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”, de esta manera: “se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producida por ella”<sup>30</sup>; concepto este que recogió la Corte Constitucional en la sentencia del 1.º de agosto de 1996<sup>31</sup>.

Cualquiera que sea la noción de daño antijurídico, lo importante de resaltar es su condición de fundamento único de la responsabilidad estatal, con lo cual la responsabilidad extracontractual y contractual del Estado en general es una responsabilidad de carácter objetivo, que se integra con los siguientes elementos: 1.º Un hecho generador del daño, que proviene de una acción o de una omisión de la entidad estatal; 2.º Un daño antijurídico que resulta de esa acción u omisión, y 3.º Un vínculo o relación de causalidad material entre el hecho generador y el daño antijurídico causado; desaparece por completo en esta estructura el elemento subjetivo relacionado con la conducta o comportamiento de la administración; la acción o la omisión se juzgan desde un punto de vista material y objetivo, no como una falta o una culpa; la imputación es puramente material (*imputatio facti*), no es de carácter jurídico (*imputatio juris*); mantenida esta última por los partidarios de la teoría subjetiva, que construyeron y elaboraron toda la teoría de la responsabilidad civil para defender los intereses de los agentes causantes del daño, trátese del Estado o de los particulares; la nueva tendencia del derecho de la responsabilidad, especialmente del régimen objetivo y de la teoría del riesgo, está estructurada no para seguir defendiendo a los causantes de los daños, sino para proteger los intereses de las víctimas<sup>32</sup>, en este caso de los particulares, frente a la actividad del Estado

<sup>29</sup> En este sentido, *ibíd.*, p. 359, sostiene: “Frente a esta tendencia sólo algunos pocos autores, como ALESSANDRI, sostienen que no es necesario que el perjuicio o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho, como afirma la tesis dominante. ALESSANDRI funda su posición en algunos argumentos de texto, y en un razón de justicia, ya que no encuentra ningún fundamento para negar reparación a una persona que ha sido privada de una ventaja de que gozaba a pretexto de que dicha ventaja no constituye un derecho. Tanto daño sufre el alimentante que a causa de la muerte del alimentante queda privado de los socorros que éste le daba en virtud del mandato de la ley como quien los recibía por un acto voluntario del alimentante, puesto que tanto uno cuanto otro sufren igualmente la pérdida o menoscabo de un beneficio o ventaja”.

<sup>30</sup> *Gaceta Constitucional*, n.º 77, 20 de mayo de 1991, p. 9.

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 del 1.º de agosto de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

<sup>32</sup> En este sentido MANUEL GUILLERMO SARMIENTO (“La responsabilidad del operador de transporte multimodal en la legislación andina”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997) sostiene: “Frente a esta controversia que aún se mantiene vigente, en especial en el campo del derecho del transporte, resulta importante resaltar cómo la tendencia del derecho civil moderno en el campo de la responsabilidad civil es la de proteger cada vez más los intereses de las víctimas de los daños (que se han venido incrementando en la sociedad contemporánea, tanto cualitativa como cuantitativamente) frente a la tesis más reaccionaria de la doctrina civilista, que pretende mantener los viejos privilegios que la ley le otorgaba a los causantes de los daños, cuyos intereses evidentemente resultaban fa-

generadora, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, de riesgos que causan daños, todo esto dentro de la orientación general que caracteriza al derecho contemporáneo de proteger a los más débiles<sup>33</sup>.

Al consagrar el artículo 90 de la Carta Política un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto en el campo contractual como extracontractual, como lo sostuvo claramente la sentencia de la Corte Constitucional en 1993 y lo admite igualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado, nos preguntamos entonces qué papel juega la regulación de la responsabilidad contractual del Estado contenida en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición establece lo siguiente: “*De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista*”. De la simple comparación de esta norma con el canon constitucional contenido en el artículo 90 se advierte una contradicción evidente respecto al fundamento mismo de la responsabilidad patrimonial del Estado: mientras la disposición constitucional establece que la razón de ser de la responsabilidad estatal es el *daño antijurídico*, resultado de una acción u omisión del Estado, la norma legal dispone que el fundamento de la responsabilidad contractual de las entidades estatales son las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables; es decir que para la Constitución la imputación de la responsabilidad es de carácter objetivo, y radica única y exclusivamente en la producción de un daño antijurídico, mientras que para la ley la imputación es el de carácter subjetivo, consistente en la conducta o comportamiento de la administración, manifestada en actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos, que generan un perjuicio a sus contratistas. Esta contradicción entre la Constitución y la ley debe solucionarse aplicando el principio de primacía y prevalecía de la Carta, como norma de normas, sobre la ley o cualquier otra disposición jurídica, consagrado en el artículo 4.º superior<sup>34</sup>, como tuvo oportunidad de hacerlo la Corte Constitucional cuando se demandó la inconstitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, por considerarse que se oponía y era incompatible con la regulación de la responsabilidad estatal tipificada en el artículo 90 de la Carta Política.

Sin embargo, aunque la Corte, en sentencia que hemos citado varias veces, advirtió claramente la contradicción existente entre la norma consti-

vorecidos cuando se le exigía a la víctima la prueba de la culpa del agente, la cual en la mayor parte de los casos resultaba muy difícil de obtener”.

<sup>33</sup> En este sentido JOSSERAND decía: “La protección de los débiles es seguramente una de las preocupaciones más constantes del legislador contemporáneo”: LOUIS JOSSERAND. “La protección de los débiles por el Derecho”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, año XLV, n.º 12, Montevideo,

1947, p. 313.

<sup>34</sup> El artículo 4.º de la Constitución Política colombiana dice: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

tucional y la norma legal, respecto al fundamento mismo de la responsabilidad estatal<sup>35</sup>, optó por una solución intermedia, que en mi opinión va a generar problemas de interpretación y aplicación, al hacer una integración de las dos normas declarando condicionada la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993 –una figura novedosa en la teoría del control constitucional, que no contempla la Carta Política–, para concluir que la responsabilidad contractual del Estado no tiene como único fundamento su conducta antijurídica, ya que también se compromete la responsabilidad de las entidades estatales con la sola producción de un daño antijurídico, aun cuando su conducta no hubiera sido antijurídica<sup>36</sup>.

Finalmente, y como conclusión, resulta importante anotar que, después de diez años de haber sido expedida la Carta Política de 1991, la jurisprudencia y la doctrina nacional han venido desarrollando con demasiada cautela y timidez el principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90, aceptando en casos excepcionales la aplicación de la teoría objetiva pero manteniendo su apego al régimen de la falla del servicio como fundamento de la responsabilidad estatal; la cual, como se ha expuesto en este trabajo no encuentra sustento alguno en la disposición constitucional, que debe aplicarse en forma absoluta y exclusiva y no seguir condicionándose a las teorías jurisprudenciales y doctrinales: en efecto, estas, si bien fueron importantes en el pasado y sirvieron para construir el régimen de la responsabilidad estatal en el derecho colombiano, hoy no tienen vigencia, ya que prevalece el artículo 90 de la Constitución Política, como espero haber podido explicarlo claramente en este artículo, que constituye un breve aporte doctrinal al estudio de un tema tan importante y trascendental para la vida institucional del país.

<sup>35</sup> La Corte Constitucional, en sentencia del 1.º de agosto de 1996, citada, sostuvo: “La simple lectura de la norma muestra que el título para poder imputar al Estado la responsabilidad por un daño en materia contractual es el carácter antijurídico, no del daño en sí mismo considerado, sino de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones de las entidades. Ahora bien, ninguna objeción constitucional se puede hacer a que el Estado deba responder por un daño derivado de una conducta antijurídica que le sea imputable. Sin embargo, el problema reside en que el intérprete puede considerar que éste es el único fundamento de la responsabilidad contractual del Estado, lo cual genera interrogantes pues, como bien lo plantea la actora, ello implica potencialmente una reducción del alcance del artículo 90 de la Carta en el ámbito contractual, ya que, si bien toda actuación antijurídica del Estado que provoca un perjuicio a un particular implica la existencia de un daño antijurídico indemnizable, lo cierto es que, como ya se mostró, no todo daño antijurídico supone una conducta antijurídica de la administración pues ésta puede ser legítima”.

<sup>36</sup> La Corte Constitucional, en la misma sentencia del 1.º de agosto de 1996, sostuvo: “Por todo lo anterior, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo”.

