

A DOS LUSTROS DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Jesús María Carrillo Ballesteros

LA RESPONSABILIDAD EXTRAPATRIMONIAL del Estado, responsabilidad administrativa; o responsabilidad patrimonial del Estado, pareció tener nuevo aire con la Constitución de 1991 en cuyo artículo 90 se consagró expresa y normativamente, y por lo mismo con rango constitucional, el principio de la responsabilidad del Estado dentro del concepto de Estado social de Derecho.

La aplicación de la norma constitucional por el juez contencioso administrativo replanteó la problemática en torno de variados aspectos atinentes al asunto.

Entre ellos se destacan los siguientes:

1. El tema de la solidaridad, que evoca a la vez la forma de responder, y de otro lado el concepto como posible título de imputación.

2. La noción de responsabilidad institucional ha querido entenderse como una exclusión absoluta del agente cuando en cualquier evento se cause daño al administrado. Pero el tema merece tratamiento especial según se analicen las relaciones que se generan y que son básicamente tres: Estado-agente, Estado-administrado y agente-administrado.

3. Otra problemática, de incierta definición por la jurisprudencia, ha sido la relacionada con la posibilidad de demandar indemnización en demanda de parte civil y la formulación paralela o posterior de demanda de reparación ante el contencioso.

4. La novedad normativa se expresó en el sentido de hacer obligatorio la demanda en repetición y el empleo de la figura del llamamiento en garantía, cuando bajo condiciones expresamente señaladas resultare condenado el Estado.

5. El punto relacionado con la reparación mereció desarrollo legislativo con las leyes 80 de 1993 y 446 de 1998, reproduciendo así una práctica jurisprudencial atinente a la reparación integral en el sentido de su *total* reparación y en el de incorporar todos los elementos constitutivos del daño.

Por vía general la *institución de la responsabilidad patrimonial* se vio afectada con la inclusión del concepto del daño antijurídico, lo cual propugnó la discusión sobre la objetividad del régimen aplicable.

Desde otro punto de vista se cree que el advenimiento del artículo 90 de la C. P. constituye la proscripción del Código Civil en la materia, entendido que el régimen lo constituye el artículo 90 y las leyes que lo desarrollan y la jurisprudencia sobre el particular. No obstante ello, se requiere el manejo de los conceptos civiles necesarios en la materia, pues si bien la

responsabilidad del Estado en gran parte se fundamenta en la falla, la del funcionario se estructura en la culpa.

Estos temas son objeto de análisis según el trato que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado les ha otorgado, y se agregan algunos comentarios de carácter personal.

1. *La solidaridad*: según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa: “Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros”.

Desde una perspectiva constitucional es uno de los fundamentos del Estado social de Derecho, y tiene el sentido de un deber, que se encuentra insito en toda persona por la mera circunstancia de su pertenencia al conglomerado social, que además impone al individuo vincular su esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados, o de un interés colectivo, para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo¹.

La aplicación de este principio modera la idea del Estado-Gendarme; en la medida que delimita la dependencia absoluta de la persona y de la comunidad en su contexto político, en aras de alcanzar u obtener los fines sociales. Esta noción de solidaridad conduce o vincula a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva, que a términos del artículo 95 numeral 2 demanda obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias para hacer frente a aquellas situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; sin que ello sea óbice para restringir el papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.

Con el fin de que el principio de solidaridad obtuviese una efectiva aplicación, con respecto a los damnificados o afectados por los atentados terroristas o sus diversas manifestaciones, tanto el ejecutivo como el legislativo expedieron una serie de normas para prestar ayuda humanitaria, teniendo en cuenta los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la igualdad y la solidaridad social, entre otros.

Dentro de ese marco legislativo, pueden destacarse, entre otras disposiciones, los decretos 2764 de 1990, 2205 de 1988, 1793 de 1992, 261 de 1993 y 444 de 1993; y, de su lado, las leyes 104 de 1993 y 418 de 1997. Estas dos últimas normas precisan que la ayuda brindada a las víctimas de los atentados terroristas no implica el reconocimiento por parte de la Nación o de la respectiva entidad pública de responsabilidad alguna. Disponen igualmente que, en el evento de ser condenadas las entidades a

¹ “La solidaridad, finalmente, adapta a las personas a las exigencias de la vida común y, por tanto, a la realidad. Por ello enseña IGNACE LEPP: ‘el hombre que no se sintiera solidario de otro hombre, o no aceptara tal condición, se deslizaría hacia el narcisismo y no lograría evitar, a la larga, la neurosis y la misma demencia [...] La marcha hacia los otros le brinda la posibilidad de encontrar a los otros sobre el terreno sólido de lo concreto, y ya esto constituye un progreso

importante comparado con una comunicación puramente abstracta tal y como se la imaginaban los idealistas. *La solidaridad nos conduce al umbral de la comunión existencial*: lo importante ahora es no tener miedo y franquear la puerta’ (*La comunicación de las existencias*, p. 68)”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 1994, actor: JUSTO VICENTE CUERVO LONDOÑO, M. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, t. 252, fl. 365, exp. 8577.

reparar los daños causados a las víctimas, deberán descontar del monto total de los perjuicios las sumas que hubieren entregado en razón de los programas de asistencia.

Ahora bien, estas disposiciones en modo alguno contradicen la Carta Política, pues no impiden que los particulares afectados por la actividad terrorista acudan ante la jurisdicción contencioso administrativa para que se estudie o examine la responsabilidad que le imputan a los entes u organismos demandados. La compensación por parte de la entidad de las sumas reconocidas a los demandantes en una eventual condena a su favor, tampoco denota contraposición con la Constitución, en tanto que la reparación del daño, con sustento en la responsabilidad estatal, no puede configurar un enriquecimiento sin causa, pues debe ser proporcional al detrimento patrimonial causado con el perjuicio.

Pues bien, de lo anterior se desprende que para deducir responsabilidad en cabeza de las entidades públicas no es suficiente con que ocurra un hecho terrorista o una acción similar, sino que es indispensable evidenciar que sus efectos se derivaron de una falla del servicio o de una actuación legítima del Estado.

En otras palabras, el principio de solidaridad no constituye un título de imputación de responsabilidad, mediante el cual se pueda reclamar del Estado la reparación de los daños que sobrevinieron por la realización de un atentado terrorista o la ocurrencia de un desastre natural, sino que es básico acreditar que tales fenómenos se derivaron o que tienen nexo causal con la actividad o inactividad de la administración².

Por demás, de los preceptos legales anteriormente mencionados se concluye que la falta de solidaridad del Estado no configura o da pie para pensar que se establezca automáticamente algún grado de responsabilidad patrimonial, pues, como lo refieren las citadas normas, solo podrá descontarse de la condena aquellas sumas que el Estado hubiere entregado en razón de los programas de asistencia. Lo que sí cabe predicar frente a la omisión del Estado de brindar ayuda o cooperación a los damnificados por los atentados terroristas es que estos pueden entablar la acción de cumplimiento, conforme lo establece el artículo 87 de la Constitución y la Ley 393 de 1997 que desarrolló la acción referida.

² “La Sala deja en claro que no toda omisión predicable del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones constituye fuente de responsabilidad patrimonial o de un daño antijurídico indemnizable por la administración, pues debe tenerse en cuenta en cada caso las circunstancias reales y determinantes que impidieron el cumplimiento de sus funciones, deberes y tareas asignadas por la Constitución. Se precisa lo anterior, por cuanto la mera existencia del Estado no es fuente de indemnización de todo riesgo o daño que sufran los particulares por el hecho de convivir en sociedad o

por los perjuicios que sufran sus agentes en el ejercicio de sus funciones; pues es preciso demostrar que el detrimento patrimonial sobrevino por un hecho imputable a la administración, es decir que el interesado debe probar que existió una relación de causalidad entre la actuación u omisión en cabeza del Estado y el daño antijurídico que se le imputa”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 1998, actor: JESÚS EZEQUIAS CERÓN, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, t. 379, fl. 258, exp. 10921.

I. LAS RELACIONES ESTADO-ADMINISTRADO, ESTADO-FUNCIONARIO Y FUNCIONARIO-ADMINISTRADO

A. LAS RELACIONES ESTADO-ADMINISTRADO

LA RELACIÓN DEL ESTADO CON LOS PARTICULARES parte de la confianza mutua, pero, sobre todo, de respetar los derechos y deberes que la Constitución impone a cada uno de ellos (arts. 2.º y 95, entre otros).

De este modo, el desconocimiento de esos derechos y deberes, bien por parte del Estado o de los asociados, conduce a que el afectado con la conducta del otro, reclame ante la jurisdicción contenciosa la indemnización de los perjuicios irrogados (arts. 6.º, 13, 86, 90 y 91, entre otros, C. N. y 84, 85, 86 y 87 CCA).

Esos derechos y deberes tanto del Estado como de los particulares, no sólo se circunscriben a los que aparecen relacionados en nuestra Constitución o la ley, sino que también comprenden los integrados en los tratados internacionales conforme lo establece el artículo 93 de la Carta Magna.

B. LAS RELACIONES ESTADO-FUNCIONARIO

CONFORME LO PREVÉ EL ARTÍCULO 125 de la C. N., el Estado vincula a los particulares a su servicio mediante el sistema de carrera; por excepción a través de: la elección popular o mediante una relación legal y reglamentaria –empleados de libre nombramiento y remoción– o bien transitoriamente.

El ejercicio de esas funciones a cargo de los particulares que las desempeñan a nombre del Estado les impone una serie de responsabilidades que, en el evento de ser incumplidas bien sea por infringir la ley o la Constitución, o por la extralimitación u omisión en el desempeño de sus funciones (art. 6.º CCA), podrían comprometer su responsabilidad de acuerdo con la normatividad que regula su conducta (art. 124 C. N.).

Esa responsabilidad puede tener diferentes matices, según la acción u omisión que la origine; por ende, puede hablarse de una responsabilidad de carácter político, penal, administrativa, disciplinaria, civil o fiscal.

La responsabilidad política, es predicable de los funcionarios del Estado, cuando su conducta está en contravía del interés general que tutela nuestro ordenamiento jurídico; la penal se estructura cuando la conducta irregular del servidor público resulte reprochable por constituir un hecho punible; la administrativa o disciplinaria se origina por la inobservancia de los deberes derivados de la calidad de servidor público (Ley 200 de 1995).

La responsabilidad civil, tiene formulación cuando el acto irregular del agente causa un daño a terceros y éste debe repararlo, de conformidad con las reglas del derecho privado; entre tanto, la responsabilidad fiscal surge cuando por una indebida gestión administrativa se ocasiona un daño económico o patrimonial a la administración o entidad pública.

Es del caso precisar que un mismo hecho, o una conducta contraria a la ley por parte de un funcionario o del individuo que desempeña transitoriamente funciones públicas, puede ser objeto de diversas sanciones sin que por esto se viole el principio del *non bis in idem*, porque en cada uno de los supuestos se protegen bienes jurídicos diferentes.

De otro lado, no se puede pasar inadvertido que los artículos 26 y 51 de la Ley 80 de 1993 establecen que los servidores públicos, aparte de indemnizar los daños imputables a su conducta, también pueden ver comprometida su responsabilidad en una acción disciplinaria, civil y penal.

C. LA RELACIÓN FUNCIONARIO-ADMINISTRADO

DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 77 y 78 del CCA, así como en lo dispuesto en el artículo 90 de la C. N., el particular que resulte afectado en su patrimonio por la conducta irregular de un funcionario público, que haya actuado en nexos con el servicio, podrá accionar contra éste, para que resarza los perjuicios irrogados; no obstante, será la entidad pública quien deberá pagar la indemnización y repetir contra aquel, por el monto de la condena impuesta o la proporción de esta, según lo disponga el juez, siempre que la conducta o el comportamiento del funcionario hubiese estado acompañado de dolo o culpa grave, noción que se debe entender de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 63 del C. C. En efecto, se ha afirmado:

“En materia de responsabilidad extracontractual la corporación ha señalado que la administración, en los casos relacionados con daños causados a terceros en la ejecución de obras públicas mediante el concurso de contratistas, la respectiva entidad estatal se obliga a resarcir al damnificado si prueba éste que los perjuicios se han derivado en desarrollo de tales trabajos, y si, además, la demanda ha sido dirigida contra dicha entidad o contra ambos, demostrando claro está que el servicio funcionó mal, no fue prestado o se prestó irregularmente, o por lo menos que acredite que aquel emergió con ocasión de la prestación del servicio (nexo causal).

“Para el reconocimiento de la consabida indemnización en favor del damnificado la Sala no ha excluido de tal derecho a los trabajadores que, vinculados directa o indirectamente por el contratista, y en desarrollo y con motivo de la ejecución de la obra, resultan afectados porque han sufrido lesiones o fallecen en el cumplimiento de las tareas asignadas en razón de su oficio.

“En estos eventos el *ad quem* a esta clase de damnificados les ha dado el carácter de terceros frente a la administración, no solo para garantizar una posible indemnización, sino también para observar los principios de justicia y equidad en razón a que no tendría fundamento alguno la tesis según la cual un funcionario que prestó un servicio para la realización de la obra en beneficio de la sociedad se vea castigado impidiéndosele la posibilidad de exigir una indemnización por los perjuicios irrogados a través de la vía contenciosa administrativa en ejercicio de la acción de reparación directa.

“La expresión actividad contractual debe entenderse en su más amplio sentido, es decir que cobija todos aquellos hechos, actos, etc. que se generen con motivo de la ejecución o construcción de la obra independientemente que tal actividad la adelante la propia entidad o con el concurso de un contratista. En este último caso cuando de la actividad desarrollada por el contratista en la realización de la obra se ocasione daños a los particulares o a sus dependientes, dicho grupo de personas podrá demandar si lo prefieren a la entidad dueña de la obra o a quien ordenó su elaboración. Evento en el cual la entidad podrá llamar en garantía o repetir contra los

servidores públicos, contratistas o los terceros responsables el monto de las condenas que se impongan de la declaratoria de responsabilidad en la respectiva providencia [...]

“A la entidad para exigir el reembolso de lo pagado le basta demostrar que el contratista en desarrollo de dicha actividad lesionó un derecho jurídicamente tutelado, independientemente que aquél (el contratista) hubiese obrado con dolo o culpa grave en la producción de los hechos que determinaron el resultado dañoso.

“En efecto, la Carta Política y la normatividad que regula la actividad contractual no hace ninguna distinción en las especies de culpa que se le pueden atribuir al contratista para solicitar de éste el respectivo pago, contrario a lo que sí ocurre con los funcionarios de la entidad, ante los cuales solamente cabe la posibilidad de pedir el reintegro de lo pagado cuandoquiera que aquellos hayan causado un daño antijurídico con dolo o culpa grave.

“Por lo antes expuesto puede afirmarse que la administración pública responderá de los daños causados a terceros siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, bien sea en el caso especial que la ejecución de las obras públicas las adelante con servicios y medios propios, o bien mediante el concurso de un contratista, pues no debe olvidarse que el titular de la obra pública es siempre la administración y que ejercita sobre ella sus potestades, por lo cual debe cargar con la responsabilidad y la obligación de reparar los daños derivados de dicha actividad.

“Por el contrario, cuando el contratista ocasiona daños a terceros ajenos por completo a la ejecución de la obra debe asumir exclusivamente la indemnización de los perjuicios, sin que la administración por ello deba responder directa y subsidiariamente, pues tales actos o hechos no son susceptibles de serle imputados, en razón a que se ha roto el nexo causal, es decir, por cuanto se evidencia que el contratista obró en desarrollo de actividades personales desvinculadas con las de la administración”³.

II. LA CONCURRENCIA DE LA REPARACIÓN DIRECTA Y DE LA PARTE CIVIL FRENTE AL FUNCIONARIO

SOBRE ESTE PARTICULAR CABE SEÑALAR QUE, de acuerdo con la normatividad vigente, no es procedente accionar o demandar por separado en jurisdicciones distintas al funcionario, toda vez que existe norma especial en el CCA, esto es, el

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 28 de agosto de 1997, actor: WENCESLAO GARCÍA PARRA, M. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, exp. 13028; 29 de agosto de 1994, actor: HÉCTOR FABIO BALLESTEROS, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, exp. 7978; 12 de abril de 1984, actor: EDUARDO RINCÓN RINCÓN, C. P.: JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO F., exp. 2586; 26 de octubre de 1993, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES H.; 22 de marzo de 1974; 24 de septiembre de 1993, actor: MARTHA LUCIA

CRISTANCHO DE MOLANO, C. P.: DANIEL SUÁREZ H., exp. 8201; 29 de noviembre de 1998, actor: OSCAR HERNANDO SUÁREZ VEGA, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, exp. 12124; 8 de febrero de 1999, actor: ELVIA MARÍA ORTIZ GODOY, C. P.: DANIEL SUÁREZ H., exp. 12407; 31 de agosto de 1999, actor: EMPERATRIZ ZAMBRANO, C. P.: RICARDO HOYOS D., exp. 10865; 5 de junio de 1997, actor: STELLA MARTÍNEZ DE POSSE, C. P.: RICARDO HOYOS D., exp. 10254.

artículo 78, que autoriza a los particulares o las entidades públicas a reclamar ante la jurisdicción contencioso administrativa los perjuicios que le haya causado aquel servidor. Esta disposición, tiene total lógica al circunscribir a esta jurisdicción el enjuiciamiento de la conducta de los funcionarios, en razón a que se examina su comportamiento desde los principios que integran el derecho administrativo, más cuando el hecho o acto que se le imputa se originó del ejercicio de sus funciones. En otras palabras, el juez contencioso es el juez natural para revisar en qué casos la conducta del funcionario contrarió los postulados de la correcta prestación del servicio, pues resultaría un tanto extraño que la jurisdicción ordinaria, determinara si un funcionario público cumplió o no con las tareas confiadas; en tanto que los criterios sobre los cuales fundamentaría una decisión, se apoyarían en los principios del derecho privado, relegando o dejando a un lado los postulados que inspira la responsabilidad en el campo administrativo.

En efecto, en el derecho privado a los particulares o funcionarios públicos se les puede exigir responsabilidad patrimonial, incluso hasta por culpa leve; en cambio, en el ámbito del derecho administrativo solo podrá hablarse de responsabilidad con respecto a los funcionarios por dolo o culpa grave, conforme se consagró en el artículo 90 de la C. N., la Ley 80 de 1993 y la Ley 270 de 1996, entre otras disposiciones. Desde esta perspectiva, el funcionario que resulte obligado ante la jurisdicción ordinaria a indemnizar los perjuicios a un particular, porque se estableció que obró con culpa leve, o levisima, podría alegar una nulidad de la sentencia o atacarla por vía de tutela, por desconocer los criterios que gobiernan el artículo 29 de la C. N.

Por otra parte, resultaría poco aceptable o no existiría una razón suficiente para admitir que los casos que envuelven la acción de repetición contra los funcionarios públicos se tramiten ante la jurisdicción contencioso administrativa, y en cambio se deje al demandante la alternativa de escoger si acciona ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa, cuando en ambos eventos está de por medio el enjuiciamiento de una conducta administrativa.

Más aún, consultando lo preceptuado en el artículo 90 de la C. N., todo conduce a concluir que bajo ninguna circunstancia el funcionario puede ser demandado separadamente, sino que será indispensable o sustancial que se promueva la acción indemnizatoria simultáneamente en un mismo proceso contra la respectiva entidad pública, la cual, como se dijo anteriormente, pagará la condena, con la obligación de repetir contra el funcionario cuando haya lugar.

Si el demandante acudió ante la jurisdicción ordinaria para perseguir la reparación de los perjuicios que le produjo un funcionario público, dicha actuación procesal impide que se constituya en parte civil en un proceso penal o demande ante la jurisdicción contencioso administrativa por esos mismos hechos, porque de lo contrario se estaría desconociendo el principio universal del *non bis in idem*.

En gracia de discusión, si se admite que el demandante o el afectado con la conducta del funcionario pueda accionar ante diferentes jurisdicciones, éste sólo podrá reclamar los perjuicios cuando no hubiese presentado anteriormente una pretensión similar por la cual ahora acciona, es decir que, si en su oportunidad el interesado solicitó ante un funcionario judicial

la indemnización de perjuicios morales, podrá del mismo modo, frente a otra jurisdicción, pedir que se le resarzan los perjuicios materiales. Lo que no podría perseguir el demandante es que otra autoridad le conceda la indemnización por aquellos perjuicios que el juez le negó o le concedió parcialmente, pues tendrá que atenerse a lo resuelto en dicha providencia.

Ahora bien, si el juez olvida pronunciarse sobre algún extremo de la litis o su actuación constituye una vía de hecho los afectados podrán intentar la reparación del daño acudiendo a la acción de reparación directa por configurarse un error judicial; claro está, siempre y cuando el demandante haya agotado los recursos que prevé la ley para enmendar los yerros del juez, o su conducta no haya inducido a equívocos al funcionario judicial.

Lo que no admite discusión es que la conducta del funcionario puede juzgarse ante la jurisdicción ordinaria, pero cuando esta no tenga nexo con el servicio, pues se entiende que actuó en el campo o esfera de su vida privada.

III. LA CONSTITUCIÓN DE PARTE CIVIL Y LA DEMANDA PARALELA CONTRA EL ESTADO

LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE Estado no ha sido uniforme en los pronunciamientos relacionados con este tema, dado que en múltiples ocasiones ha aceptado que el demandante que se ha constituido en parte civil en un proceso penal contra el funcionario no podrá enderezar esas mismas pretensiones contra la entidad pública, porque a su juicio se evita que este se enriquezca en forma indebida o injusta, al solicitar una doble indemnización por el mismo daño, y porque tal conducta procesal atentaría no solo contra la seguridad jurídica de las partes sino que comprometería la figura de la cosa juzgada; sin dejar de destacar que el interesado en todo caso ejerció la opción legal que le otorga el CPP, así como el artículo 78 del CCA. Únicamente ha permitido que el accionante demande ante el juez administrativo cuando el juez penal, de oficio, hubiera hecho esa condena, porque en tal evento le sería inoponible la sentencia, en dicho extremo a la persona afectada⁴.

La otra tesis de esta corporación se orienta a sostener que, si el demandante se ha constituido en parte civil, igualmente puede accionar contra la entidad, porque el pronunciamiento del Juez Penal no hace tránsito a cosa juzgada, en tanto que en la jurisdicción contencioso administrativa se estudia la conducta de la administración, siendo esta un sujeto procesal totalmente distinto al funcionario⁵.

Sin embargo, en varias decisiones ha admitido que, una vez se advierta en el trámite del proceso penal que los damnificados han instaurado la

⁴ En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, ha proferido las siguientes sentencias: 26 de octubre de 1993, actor: AUGUSTO EFRAÍN MIÑO GEORGE, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES H., exp. 7793; 27 de abril de 1995, actor: ANA DELIA SOGAMOSO DE REINA, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES H., exp. 7369; 10 de junio de 1993, actor: LUIS ALBERTO ZÚÑIGA, C. P.:

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, exp. 7750; 21 de noviembre de 1996, actor: BENJAMÍN MOLANO TAFUR, C. P.: JESÚS MARIA CARRILLO B., exp. 8999.

⁵ Sentencias: 12 de febrero de 1998, actor: BORIS ALBERTO CABRERA SILVA, C. P.: RICARDO HOYOS D., exp. 11763; 15 de mayo de 1996, actor: FORTUNATO PÉREZ POLO, C. P.: RICARDO HOYOS D., exp. 10150.

acción civil o patrimonial, el juez de aquel proceso deberá abstenerse de imponer la condena al pago de perjuicios. De igual modo afirma que, si en el proceso penal se ha satisfecho la condena por el responsable, y el demandante, así mismo, tiene éxito ante el Juez Administrativo, se debe aceptar la excepción de pago parcial y descontar la suma que inicialmente se reconoció. Por último ha puntualizado que si la condena penal ya se impuso, pero no se ha solucionado, no tendrá efecto coercitivo alguno dada su ineficacia.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 23 de febrero de 2000 (C-163), al abordar el estudio de inexecutable de algunos apartes de los artículos 46.7, 50 y 55 del CPP (Dcto. 2700 de 1991), abrió la posibilidad a los particulares de constituirse en parte civil y de demandar a la entidad por aquellos perjuicios que no hubiesen sido reconocidos en el proceso penal:

“Ahora bien, en este orden de ideas, debe la Corte reiterar lo afirmado en varias de sus jurisprudencias, según las cuales en la Constitución no se encuentra norma alguna que impida al legislador regular libremente la configuración de los procesos, ni mucho menos permitir la constitución de parte civil por los delitos cometidos, ya sea por los particulares o por los servidores públicos, pues es razonable que el legislador otorgue la posibilidad procesal para que las víctimas del hecho punible logren resarcirse del hecho punible; por lo tanto, la ley puede abrir las oportunidades del caso, para que la parte afectada con el hecho delictual pueda solicitar la indemnización integral de los perjuicios sufridos por el daño; en consecuencia, cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar todas las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, procurando que las cosas vuelvan a su estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados.

“[...] la constitución de parte civil tiene pleno fundamento en valores constitucionales de singular importancia, ya que las autoridades estatales tienen la obligación de hacer efectivos los derechos y los deberes de las personas, protegerlas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2.º C. P.).

“[...] ya que el legislador únicamente pretende aclarar que quienes ejerzan una acción civil ante uno cualquiera de los jueces no pueden impetrar otra acción ante diferente jurisdicción, porque con ello se estaría desconociendo el principio constitucional del *non bis in idem*.

“[...] ha de concluirse que no procede la constitución de parte civil dentro del proceso penal cuando la víctima o sus causahabientes hayan promovido una acción civil en un proceso aparte. Pues se reitera el derecho que tiene el afectado con el delito a reclamar su indemnización dentro del proceso penal, o en su defecto abstenerse de utilizar la vía penal e irse por la vía civil, con el propósito de obtener del juez el reconocimiento de los perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente probados, lo cual tiene su soporte constitucional en el derecho de las víctimas a participar en el proceso penal y en la obligación estatal de restablecer los derechos afectados con el ilícito o el reato”.

Llama la atención que tal corporación no haya integrado en esta sentencia lo preceptuado en el artículo 78 del CCA, ya que en tal hipótesis, pudo llegar a una conclusión diferente, como se ha expresado en este texto.

IV. LA CONDENA AL FUNCIONARIO DENTRO DE LA DEMANDA AL ESTADO. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

EN ESTA MATERIA EL ARTÍCULO 90 INCISO 2.º de la Constitución se refiere en los siguientes términos a la responsabilidad patrimonial que se predica del funcionario público por los daños ocasionados a los particulares: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. De su lado, el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 establece que la entidad estatal puede iniciar la acción de repetición contra el funcionario público “... siempre y cuando aquel no hubiese sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”. Del mismo parecer es el artículo 72 de la Ley 270 de 1996, que regula la acción de repetición contra los funcionarios y empleados judiciales; en uno de sus apartes dispone lo siguiente sobre el llamamiento en garantía: “... lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía”.

De las normas transcritas se advierte que la figura del llamamiento en garantía sólo procede cuando el funcionario que se pretenda vincular al proceso haya obrado con dolo o culpa grave, situación que la entidad debe acreditar por lo menos sumariamente al momento de contestar la demanda, pues en esta etapa procesal procede el llamamiento en garantía, para no correr el riesgo que el juez niegue el llamamiento contra el funcionario; igual esfuerzo procesal debe adelantar el particular que pretenda enderezar la demanda contra un funcionario, porque no se trata de integrar una litis por mera liberalidad o capricho del demandante.

Pues bien, cabe concluir así mismo que si la entidad pública llamó en garantía al funcionario más adelante no podrá ejercer la acción de repetición contra éste, pues ambas figuras son excluyentes, conforme lo señala el aparte del artículo 54 de la Ley 80 de 1993, cuando dispone: “siempre y cuando aquel no hubiere sido llamado en garantía...”.

Así las cosas, cuando se condena al llamado en garantía a pagar determinada suma de dinero a favor de la entidad, ésta no tendrá que ejercitar la acción de repetición contra el funcionario, pues su conducta ya fue estudiada en el proceso mediante el cual se le llamó en garantía; en efecto, la entidad tan sólo tendrá que cobrarle al funcionario la cantidad que haya dispuesto el juez, ejecución que solo podrá llevarse a cabo una vez tal entidad haya pagado a los demandantes la indemnización correspondiente. Por último, cabe señalar que no procede el grado jurisdiccional de consulta en favor del funcionario que haya sido condenado –salvo que hubiere estado representado por curador *ad litem*–, pues la ley sólo instituyó esta figura para el evento que las entidades resulten condenadas por más de 300 salarios mínimos legales mensuales (art. 184 CCA, modificado por la Ley 446 de 1998)⁶.

Es preciso señalar que si el llamado en garantía resulta condenado en primera instancia a pagar a la entidad el monto de la indemnización que ésta deba reconocer a los demandantes, y aquel apela dicha decisión, y ante el *ad quem* tanto la entidad demandada como la parte actora ponen fin al proceso mediante la figura de la conciliación, de todas maneras el libelo continuará su curso con respecto al agente, dado que éste no participó o consintió en la celebración de este acuerdo⁷. De otro lado, cuando el agente no apeló la sentencia y las partes concilian las pretensiones el proceso también finalizará para el llamado en garantía, dado que no procede el grado jurisdiccional de consulta en su favor, como se dijo en su oportunidad⁸.

⁶ “5. El cumplimiento negligente e irresponsable de las obligaciones que le correspondían al funcionario llamado en garantía configura su culpa grave como causa del perjuicio recibido por el demandante. Esta culpa, definida por el artículo 63 del Código Civil, que siguiendo al derecho romano la asimila al dolo, es aquélla que consiste ‘en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios’ [...] Respecto de este tipo de culpa señalan los hermanos MAZEAUD que, si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera: ‘Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender *quod omnes intelligunt* para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño’. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores, incurre en culpa grave aquel que ha ‘obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...’ (*Derecho civil*, parte II, vol. II, p. 110) [...] CLARO DEL SOLAR, acerca de ella, señala que ‘esta culpa se opone a la buena fe y en materias civiles equivale al dolo, es decir que contiene en sí una presunción de fraude porque aquel que no hace lo que sabe que debe hacer se reputa que obra con intención dolosa: magna culpa dolus est’ (*Lecciones de derecho civil chileno*, t. I, p. 150)”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 1994, actor: ANSELMO ESPAÑA QUIROZ vs. Superintendencia de Control de Cambios, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, exp. 8483.

⁷ “En síntesis, debe concluirse que, en vista del interés general que por mandato constitucional defiende el Ministerio Público, así como la finalidad de la acción de repetición, la cual ostenta un rango constitucional, no es posible que el Ministerio Público por sí solo desista de dicha acción, bien sea que se

haya intentado en forma directa contra el funcionario o a través del llamamiento en garantía. Corresponderá por tanto al juez a través de la sentencia, si es que el llamado en garantía no acepta los términos de la conciliación, definir si el daño resulta imputable a título de dolo o culpa grave, a efecto de condenarlo al reembolso de las sumas que debe pagar la administración a la víctima del hecho”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 27 de febrero de 1997, actor: JOSÉ RAFAEL ESTRADA *et al.*, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, t. 331, fls. 238 y 239, exp. 12679.

⁸ “Efectos de la conciliación administrativa. Lo pagado por la entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso permitirá que aquella repita total o parcialmente contra éste.

“La conciliación aprobada producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuese parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en los aspectos de éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél.

“En este orden de ideas, acertó el tribunal al continuar el proceso contra el llamado en garantía luego de aprobar la conciliación lograda por las partes. Pero la sentencia en la cual se declaró su posibilidad no puede ser objeto de consulta porque el único afectado con la misma fue el llamado en garantía y en su favor no está prevista la misma. Por tanto, la Sala declarará la nulidad de lo actuado en esta instancia y la consecuente ejecutoria de la sentencia proferida por el tribunal”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 1999, actor: DABEIVA BALANTA *et al.*, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, fls. 190 y 191, exp. 12901.

V. REPARACIÓN PLENA

NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO BUSCA que tanto los particulares como las entidades públicas reparen en su totalidad los perjuicios que irroguen a los asociados, cuando el daño no deban soportarlo, es decir, cuando no existe una norma que les imponga tal deber. En efecto, el legislador expidió la Ley 446 de 1998 en cuyo artículo 16 dispone que, “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. La Corte Constitucional en sentencia C-163 del 23 de febrero de 2000, al referirse sobre esta disposición, precisó que “El operador jurídico deberá propender por que la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados, ya que a las autoridades judiciales les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no solo con el ánimo de protección de aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia en forma que mejor proteja los intereses del perjudicado, quien es concretamente el titular del bien jurídico afectado”.

Pues bien, aunque esta reparación integral del daño irrogado al demandante de tiempo atrás se venía efectuando por vía jurisprudencial, la norma que hoy regula esta materia recoge el pensamiento o la orientación jurídica que sobre este particular en su oportunidad trazó el juez al momento de decidir casos en los que estaba de por medio un conflicto de carácter patrimonial.

Mas aún, el artículo 2.º inciso 2.º de la Carta Política señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; precepto éste armonizado con el artículo 250 numeral 1 de la misma obra, el cual entre otros deberes impone a la Fiscalía General de la Nación: “... tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”.

De conformidad con lo señalado anteriormente, se advierte que la legislación tutela en forma más concreta o más precisa los bienes jurídicos de los asociados, de modo tal que la autoridad deberá buscar que el demandado resarza en su totalidad los perjuicios ocasionados por su conducta⁹.

⁹ “La Sala considera que, frente a los principios informadores del derecho a la reparación integral, la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales causados a la víctima directa es procedente por regla general. En efecto, debe sostenerse que, de conformidad con lo dicho, el derecho a la indemnización es de carácter patrimonial económico, y por ende la obligación indemnizatoria se transmite a los herederos de la víctima, por tratarse de un derecho de naturaleza patrimonial económico que se

concreta en la facultad de exigir del responsable la indemnización correspondiente, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición de carácter legal expresa y, por el contrario, la regla general indica que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial transmisible, y por ende los sucesores *mortis causa* reciben la herencia con íntegro su contenido patrimonial, y ya se observó que el derecho al resarcimiento, o lo que es igual, la titularidad del cré-

VI. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

ESTA FIGURA ES DE RANGO CONSTITUCIONAL, Y está contenida en el inciso 2.º del artículo 90, que impone al Estado la obligación de repetir contra sus agentes el monto de la condena que le haya sido impuesta; claro está, si los perjuicios fueron consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor y con ocasión del servicio.

Esta acción podrá intentarse una vez la entidad haya pagado el monto de la indemnización, término que de otra parte marca el cómputo o la fecha a partir de la cual comienza a correr la caducidad de la misma (dos años). Esta acción, en cambio, no podrá ejercitarse cuando la entidad ha llamado en garantía al servidor público, toda vez que en el respectivo proceso se produjo el pronunciamiento del juez sobre la conducta del funcionario, que impide nueva valoración, porque se violaría el principio del *non bis in idem*. No sobra advertir que la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de manera privativa de la demanda que se instaure en estos eventos contra el respectivo agente del Estado¹⁰.

dito indemnizatorio, no se puede confundir con el derecho subjetivo de la personalidad vulnerado”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1998, actor: ARTURO GÓMEZ AGUIRRE, M. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, t. 380, fls. 103 y 104, exp. 12009.

¹⁰ “Sea lo primero determinar que sí es la acción de reparación directa la idónea para entablar siempre que el Estado pretenda ejercer la acción de repetición de la cual es titular en los términos del artículo 90 de la Carta Política, en contra de sus funcionarios o exfuncionarios, por las sumas que haya tenido que pagar como consecuencia del daño antijurídico causado con la conducta dolosa o gravemente culposa de aquellos.

“En el artículo 90 citado se consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus autoridades públicas. No distingue la norma la fuente de la responsabilidad, no dice si es contractual o extracontractual, o con ocasión de un acto administrativo; en forma genérica indica que puede surgir de la acción o la omisión de las autoridades públicas, con la cual se causa un daño antijurídico, y esa acción u omisión se puede presentar con ocasión de un contrato, o por fuera de él como en el caso del que ahora se ocupa la Sala, o con la expedición de un acto administrativo. De cualquiera de esas causas puede surgir el daño antijurídico que acarrea la responsabilidad patrimonial del Estado.

“De acuerdo al inciso segundo de la norma constitucional citada, siempre que el Estado sea condenado a pagar el daño

antijurídico causado con la conducta dolosa o gravemente culposa de una de sus autoridades está legitimado para repetir en contra de ésta por lo pagado en virtud de tal condena.

“Para iniciar esa acción de repetición debe acreditarse que efectivamente se pagó el valor de la condena o de la conciliación, de la cual también surge la acción de repetición. Cuando el Estado concilia no hace más que terminar anticipadamente o precaver la existencia de un litigio, en el cual se va a discutir su responsabilidad patrimonial. Cuando la conciliación cobija el daño antijurídico causado con la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente de la administración, el pago de lo conciliado legitima al Estado para repetir en contra de aquel, porque si no hubiera actuado con dolo o culpa grave el Estado no se habría visto avocado a pagar una suma de dinero.

“La acción de repetición busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con la víctima, para evitar un proceso o terminarlo anticipadamente. En ambos casos el patrimonio del Estado se disminuye, y es precisamente la disminución del patrimonio estatal como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario la fuente de la acción de repetición”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 1997, actor:

VII. APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

CON LA EXPEDICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN el derecho administrativo tiene mayor integración con las demás áreas de esta ciencia, en tanto que el juez deberá consultar las otras materias, salvo norma especial.

En efecto, el Derecho no debe mirarse en un entorno cerrado, sino que éste ha de analizarse desde una perspectiva que permita su integración, pues no se trata de participar de las exclusiones, o de inaplicar sin más algún texto normativo del derecho privado que encuadra en la solución del conflicto de intereses; en efecto, como bien lo dice el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el juez u operador de la justicia atenderá los principios de reparación integral del daño, guiando su conducta dentro del campo de la equidad, que implica entre otras cosas no sacrificar la efectividad de los derechos por la aplicación rigurosa de la ley.

La influencia del Código Civil en el derecho administrativo no ha sido desconocida por el juez, pues en reiteradas oportunidades ha acudido a aplicar sus disposiciones para resolver controversias de orden o de contenido patrimonial; en efecto, en varias ocasiones ha resuelto procesos a la luz de lo preceptuado en el artículo 2357 del Código Civil¹¹, o ha estudiado lo relativo a la responsabilidad por daños que se puede predicar de los dementes o impúberes¹².

Instituto de Seguros Sociales, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, t. 357, fls. 4 y 6, exp. 13997.

¹¹ “1. La culpa de la víctima, entendida como causal exonerativa de responsabilidad del ente al cual se le imputa el daño, es una figura consustancial al derecho de la responsabilidad. Jurisprudencia y legislación nacional así lo han establecido desde hace mucho tiempo. En efecto, el artículo 2357 de C. C. estatuye que ‘la apreciación del daño está sujeta a la reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente’; contiene así nuestro ordenamiento positivo norma expresa mediante la cual se obliga al juez, frente a las circunstancias concretas de producción del daño, a apreciar la indemnización de quien habiéndolo sufrido pretende indemnización.

“2. Si la culpa es, en los términos clásicos definidos por los hermanos MAZEAUD, ‘un error de conducta que no habría cometido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del actor del perjuicio’, aquella de la víctima no es más que igual noción pero predicable de quien pretende indemnización [...] Debe por tanto la Sala, en virtud de esta noción, así como en virtud de lo estudiado por el artículo 2357

del C. C., analizar el comportamiento de quien frente al actuar estatal se dice perjudicado. Partiendo de la realidad histórica del proceso, la Sala debe establecer si la víctima con su comportamiento fue como causa única o concausa en la producción del daño, o si, por el contrario, su comportamiento no fue relevante en la producción del perjuicio...”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de septiembre de 1994, actor: PEDRO ORDÓÑEZ PAJA *et al.*, M. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, t. 251, fls. 231 y 232, exp. 9028.

¹² “En este sentido correspondería a la demandada demostrar alguna de las causales eximentes de responsabilidad, cosa que no se verificó en este proceso. En efecto, la alegada culpa exclusiva de la víctima no puede predicarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2346 del Código Civil dado que apenas contaba con 2 años de edad, y en el caso de existir negligencia por parte de la madre ésta, si bien incidió en la ocurrencia del accidente no puede calificarse de exclusiva y determinante”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997, actor: MARÍA EDELMIRA CANO *et al.*, M. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, t. 354, fls. 13 y 14, exp. 10421.

VIII. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

EL ARTÍCULO 90 DE LA C. N. LO CONSAGRÓ como fundamento de la responsabilidad administrativa. Esta noción es entendida como aquel perjuicio o lesión que el particular no está en el deber jurídico de soportar, o que el Estado no tiene derecho a causarlo, bien porque quebranta el equilibrio de las cargas públicas o, en su lugar, impone una carga especial al administrado, en condiciones distintas a los demás asociados. Esta noción, junto con la falta o culpa, se constituye en uno de los criterios de imputación o título jurídico mediante el cual se le puede deducir responsabilidad patrimonial a la entidad estatal. El daño antijurídico por esencia es objetivo, a cuya condición la responsabilidad será de esta misma naturaleza. De todas maneras, la introducción de este texto en el ordenamiento jurídico no objetivizó la responsabilidad de la administración, pues dejó abierta la posibilidad para que igualmente la conducta del Estado se pueda subsumir dentro de los otros títulos de imputación jurídica¹³.

IX. DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO RADICA EN que se mira o se predica del hecho en sí mismo, sin que se tenga que entrar a valorar la conducta del funcionario, es decir, sin analizar si éste actuó u obró irregularmente, o su comportamiento se desarrolló atendiendo el mandato constitucional o legal. Bajo esta perspectiva

¹³ El daño antijurídico, que el derecho español prefiere denominar “lesión”, “será, entonces, un concepto más estricto que daño, que perjuicio, será un perjuicio antijurídico al margen de cualquier idea subjetiva –y no, por consiguiente, un daño causado antijurídicamente– y utilizable únicamente cuando no concurren causas de justificación expresas que legitimen el perjuicio, de modo que la lesión se dará exclusivamente cuando se produzca un daño que el sujeto determinado no tenga la obligación de soportar. Dicho en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, ‘El concepto técnico de daño o lesión, a efecto de la responsabilidad civil, requiere pues un perjuicio avaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación a tercera persona’ [...] El daño, en ‘su sentido natural y obvio’, es un hecho, consistente en ‘el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien’, ‘... en su persona, bienes libertad, honor, afectos, creencias, etc.’ y ‘... supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo’ [...] Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico

no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación [...] Este punto lo explica así el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: ‘La calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causales de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esa hipótesis todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será lesión, un perjuicio injusto’ [...] Adviértase cómo, entendido así el daño antijurídico, frente al cual la C. P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2000, actor: JUAN CARLOS GONZÁLEZ CASTRO, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, t. 408, fls. 453 a 356, exp. 10867.

toma significado que a la víctima se le ha causado un detrimento patrimonial o afectado un interés jurídico amparado por la ley.

No obstante lo anteriormente dicho se requiere la demostración del daño, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. No se acepta al demandado, como prueba para eximirse de responsabilidad, la demostración de que su actuación o conducta fue diligente o prudente, por lo que deberá correr con la carga de la prueba para desvirtuar que los hechos que le endilgan no sobrevinieron por una causa atribuible a su actuación, acreditando para ello que hubo fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero, o la culpa exclusiva de la víctima¹⁴.

X. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS CONGRESISTAS

CON EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE Constitucional en sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, con ponencia de CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, los congresistas no pueden ser enjuiciados penalmente por las opiniones y votos que emitan en ejercicio de sus funciones; conclusión que también tiene aplicación en el caso de la responsabilidad patrimonial, en tanto que el Constituyente no hizo ninguna distinción o excepción expresa referente a este tema, al consagrar en el artículo 185 que “Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo...”. De todas maneras no habrá duda en afirmar que dicho precepto constitucional en modo alguno comprende aquellos actos o hechos desvinculados con las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo.

El precepto en mención es armónico con el pensamiento de la Asamblea Nacional Constituyente recogido en el artículo 59 transitorio de la Carta Política, según el cual los actos por ella promulgados no están sujetos a ningún control jurisdiccional¹⁵.

¹⁴ “Sea ésta la oportunidad para aclarar que no existe, en ningún caso, la llamada “presunción de responsabilidad”, expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. El régimen así denominado por esta Corporación en varias oportunidades tenía, sin duda, todas las características del régimen objetivo de responsabilidad, en el que, si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta —por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente—, los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante. Re caerá

sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000, actor: MARÍA NURY LÓPEZ *et al.*, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, exp. 11401; reiterada en sentencia del 21 de septiembre de 2000, actor: JOSÉ EPIGMENTIO LÓPEZ GÓMEZ *et al.*, M. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, exp. 11766.

¹⁵ “... Con la Asamblea Nacional Constituyente 1990-1991 se dio paso en nuestro país al ejercicio del poder constituyente primario, que, como poder soberano que es, es previo e independiente del ordenamiento jurídico anterior. Por ello, en el artículo 59 transitorio se consignó: ‘La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno’ [...]

“Ya se encuentra dilucidado que una Asamblea Nacional Constituyente es un

Si bien no se puede predicar la responsabilidad personal de los congresistas de acuerdo con lo anteriormente señalado, ello no es óbice para que se revise si en ciertas circunstancias las leyes¹⁶ que dicte el Congreso causan o no un perjuicio patrimonial a los particulares o a los asociados en general, pues especialmente los artículos 90, 150 numeral 17, 336 inciso 2.º, y 365 inciso 2.º, permiten que se enjuicie en el campo patrimonial los actos, las decisiones o leyes expedidas por las ramas del poder público¹⁷.

órgano que tiene origen de manera directa en el llamado constituyente primario, de suyo soberano, y que dicha delegación hace que los actos del así constituido poder constituyente no tenga ningún tipo de control jurisdiccional, puesto que se trata del ejercicio libre y soberano de un poder mediante actos de carácter eminentemente político. Es por ello que un poder constituido, como lo es cualquiera de las entidades que integran el poder judicial, no tiene competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente. En este caso concreto, ni los tribunales administrativos ni el Consejo de Estado, como poderes constituidos y derivados del ordenamiento constitucional producto del ejercicio de los poderes de la Asamblea Constitucional, pueden entrar a enjuiciar lo realizado por aquella. Así las cosas, dilucidado como está que la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cualquier otra jurisdicción no tienen dentro de la órbita de su competencia la facultad de juzgamiento de lo que hizo o no la Asamblea Nacional Constituyente, mal podría pensarse en estructurar algún tipo de responsabilidad imputable al Estado, cual es la pretensión de la parte actora en el *sub judice*. Por tal razón, la Sala se ve relevada en el estudio de si se probaron o no los elementos estructurales de la responsabilidad estatal y, en general, de cualquier otro tipo de consideración”: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de diciembre de 1995, actor: FEISAL MUSTAFÁ BARBOSA, M. P.: DIEGO YOUNES MORENO, exp. S-470.

¹⁶ “Si del cumplimiento del Tratado, como en el caso particular que nos ocupa, deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relacio-

nes internacionales que constitucionalmente implica una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo, encabezado por el Presidente de la República, a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de tratados; el legislativo, que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes, y el judicial, representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes [...] El ejercicio de la titularidad de las relaciones internacionales por parte del Estado implica una actuación cuya consecuencias, conforme al artículo 90 de la C. P. deben ser por él asumidas, y en el caso los afectados perdieron la oportunidad de demandar al autor material del daño y al propietario del vehículo automotor, todo lo cual justifica fehacientemente la responsabilidad patrimonial de Estado colombiano en la especie”: Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 25 de agosto de 1998, actor: VITELMINA ROJAS, M. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, exp. IJ-001.

¹⁷ “Por su parte, el Estado, no autoriza ni patrocina ni prohija ni acepta su responsabilidad por los daños perpetrados por la subversión, que está precisamente al margen de la ley, que no lo representa bajo ningún aspecto porque es su contradictor y opositor, salvo, claro está, en casos como el del artículo 150 numeral 17 de la C. P. o el que pudiera derivarse de un acto de gobierno que suspenda la presencia de sus agentes y en el que a título de falla u otro título de imputación le pueda ser endilgada responsabilidad alguna. El Estado responde en cambio por sus actos, en la medida en que jurisprudencialmente, y según las reglas de la responsabilidad le sean imputables, o cuando una ley especial le ordene asistencia, si no a título de responsabilidad sí a título de solidaridad pública, como cuando ocurren desastres, catástrofes o graves desórdenes”: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2000, actor: SOCIEDAD MINERA IBIRICO, M. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, exp. 8490.

