

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS OPERADORES DE INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA

*Manuel Guillermo Sarmiento García*

## I. INTRODUCCIÓN

**E**N PRIMER LUGAR DESEO agradecer de manera muy especial al Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) y a su presidente Rodolfo Carlos Barra por la invitación que me han formulado para participar como conferencista en el I Congreso Latinoamericano de Gestión Aeroportuaria, que con tanto éxito se está celebrando en esta amable y acogedora ciudad de Mar del Plata.

El tema que me propongo desarrollar en esta ponencia, sobre la responsabilidad del Estado frente a los operadores de infraestructura aeroportuaria en el ordenamiento jurídico colombiano, cobra cada día más actualidad y vigencia debido a la creciente ola de privatizaciones que en materia de prestación de servicios públicos caracteriza la política económica latinoamericana en la última década del siglo XX, constituyéndose en la bandera fundamental de esa nueva corriente económica, pero de un gran contenido ideológico, denominada “neoliberalismo”, que vino a sustituir el modelo económico tradicional que había elaborado la CEPAL en los años 60, donde el intervencionismo estatal en la actividad privada se presentaba como el instrumento esencial del manejo económico en los países latinoamericanos.

De por sí el tema de la responsabilidad civil, tanto del Estado como de los particulares, fue durante el siglo XX uno de los aspectos que mayor interés y controversia generó, precisamente por las consecuencias y efectos que trajo consigo la revolución industrial y post-industrial de finales del siglo XIX y comienzos del XX, que incrementó en forma considerable la producción de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales en todos los niveles de la sociedad<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En este sentido LOUIS JOSSEERAND. *Cinco Conferencias*, trad. Carlos Valencia Estrada, 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.

Esta evolución y transformación de la noción de responsabilidad no sólo es aplicable al derecho civil y privado en general, sino que resulta así mismo 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 Constitución Política colombiana de 1991 en su artículo 90 y la española de 1978 en su artículo 106, pasando por una etapa intermedia de responsabilidad subjetiva, 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.

Desde el punto de vista conceptual el tema de la presente ponencia es necesario analizarlo desde dos ángulos, el primero, como lo señalamos anteriormente, identificando con claridad cuál es el régimen de responsabilidad al que se encuentra sometido el Estado, por daños causados a los contratistas en desarrollo de los procesos de privatización de los servicios públicos a su cargo, como es el caso de la prestación del servicio aeroportuario, autorizando la prestación del mismo a los particulares, en especial a través del contrato de concesión, reservándose la ejecución de determinadas gestiones, que no son transferidas a los particulares, como sucede con el control del tráfico aéreo en los procesos de privatización de aeropuertos, tanto en Colombia como en Argentina<sup>3</sup>.

El segundo aspecto que resulta determinante en el contenido y alcance conceptual de esta ponencia es clarificar qué se entiende por operadores de infraestructura aeroportuaria, que serán los sujetos afectados por los daños causados por la actividad del Estado, y quienes tendrían la legitimación jurídica para reclamarle a éste la correspondiente indemnización de perjuicios.

En esta materia el ordenamiento jurídico colombiano, mediante la Ley 105 de 1993, que contiene el estatuto básico del transporte, definió desde el punto de vista taxativo, en su artículo 12, cuál es la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, señalando en el numeral 5 que dicha estructura está constituida, entre otras, por «la red de ayudas, comunicaciones y meteorología del transporte aéreo, básicos para prestar los servicios de aeronavegación y la infraestructura aeroportuaria».

«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.

<sup>3</sup> El artículo 48 párrafo 3º de la Ley 105 de 1993 dice: «La Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil, conservará el control del tráfico aéreo y la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas. Así mismo ejercerá una adecuada supervisión sobre la seguridad aérea y el control técnico».

A su vez, el Código de Comercio colombiano, en su libro 5º, parte segunda, sobre navegación aérea, que constituye un verdadero código aeronáutico, establece en el artículo 1808 qué se entiende por infraestructura aeronáutica, definiéndola como «el conjunto de instalaciones y servicios destinados a facilitar y hacer posible la navegación aérea, tales como aeródromos, señalamientos, iluminación, ayudas a la navegación, informaciones aeronáuticas, telecomunicaciones, meteorología, aprovisionamiento y reparación de aeronaves».

Cuando el Estado se desprende temporalmente de la función de explotar y administrar la infraestructura aeroportuaria a su cargo y la traslada a un tercero, a través de contratos de administración, concesión o similares, surge la figura del operador de infraestructura, que puede ser una sociedad, una asociación de carácter regional o una sociedad de economía mixta, con participación de capital público o privado, dependiendo en cada caso de las normas especiales que se expeditan en la materia.

Estos dos aspectos del tema, es decir, el régimen de responsabilidad estatal y la figura del operador de infraestructura aeroportuaria, se desarrollarán analizando en primer lugar, desde el punto de vista general, cuál es el régimen que gobierna la responsabilidad civil del Estado en el derecho colombiano, tanto en el campo contractual como extracontractual, y con fundamento en este régimen se estudiará el sistema especial de responsabilidad estatal respecto del operador de infraestructura aeroportuaria, para concluir con un análisis comparativo del régimen colombiano con el sistema de responsabilidad del Estado respecto a la gestión aeroportuaria en el derecho argentino.

## II. 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>4</sup>, y 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 han bebido la doctrina y la jurisprudencia colombianas, le han otorgado mayor

<sup>4</sup> Respecto de esta clasificación de la responsabilidad el argentino ATILIO ANIBAL ALTERINI. *Responsabilidad civil*, 3ª 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

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».

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 C. P. 1991) los regímenes tanto de tipo extracontractual como contractual, consagrando un principio general de responsabilidad del Estado, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia del 1º 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>5</sup>.

#### 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>6</sup>, que 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>7</sup>; esto en mi opinión se ha constituido

<sup>5</sup> La Corte Constitucional en esta oportunidad sostuvo: «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 jurídico-administrativa precontractual), así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual». Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>6</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.

<sup>7</sup> 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».

En el mismo sentido ROLAND DRAGO, de la Universidad de París, *Op. 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

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 se analizará más adelante.

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 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>8</sup> 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>9</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

servicios públicos en cuestión, todo, prácticamente, es el resultado de una construcción pretoriana».

<sup>8</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 D. 2820/74, art. 65).

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

«Inc. 4º- Derogado D. 2820/74, art. 70.

«Así, los directores de colegios y escuelas 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.

«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».

<sup>9</sup> Sobre esta clasificación de la culpa ver MANUEL G. SARMIENTO. «La teoría del riesgo y la responsabilidad civil», en *Estudios de Derecho Privado*, Homenaje al Externado en su Centenario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 244 y 245:

«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 implican 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».

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>10</sup>.

2. La segunda etapa corresponde igualmente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y va desde 1938 a 1941; en este período la Corte modifica su doctrina sobre el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ya que, si bien sigue apoyándose en las normas 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>11</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, surgiendo por primera vez en la jurisprudencia colombiana la noción de falla o falta del servicio como fundamento de la responsabilidad estatal<sup>12</sup>, que desde el siglo pasado había pregonado y

<sup>10</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*, cit., 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"; afirmó 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", y puntualizó que tal era hasta ese momento la doctrina consagrada por la propia Corte en fallos anteriores».

<sup>11</sup> Ver casación del 21 de agosto de 1939, G. J., T. XLVIII, 1950, p. 663.

<sup>12</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, mas 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

desarrollado la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en especial a partir del famoso fallo “blanco” del 8 de febrero de 1873<sup>13</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, que a partir de 1964, con la expedición del Decreto Ley 528 de 1964, 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>14</sup>, celosamente defendido por el Consejo de Estado, que aún hoy, después de haberse tipificado en la Constitución Política 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.

a estos respectos se orienta a la generalización a la manera de un seguro permanente o a apoyarse 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 ANTONIO JOSÉ IRRISARRI RESTREPO. *Op. Cit.*, pp. 152 y 153.

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 Tinjaca sostiene: «La

precitada sentencia de 1962 sobre el caso Tinjaca 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— y si además pudiera hablarse de una responsabilidad derivada del artículo 2356 u otras teorías, bien puede plantearse».

<sup>13</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>14</sup> En este sentido HENAO. *Op. 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-legislador. 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».

Esta tesis de la “falla del servicio” fue el resultado, como y lo manifestamos, de la acogida que nuestro máximo tribunal de lo contencioso-administrativo le otorgó a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que 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 desarrolló y consolidó con posterioridad a este año, una vez adquirió la competencia general en la materia, con apoyo en normas de carácter constitucional contenidas en la antigua Constitución Política 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 Constitución 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>15</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>16</sup>, relacionados con los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, para fundamentar la responsabilidad del Estado, disposiciones éstas 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 alto 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>17</sup>, mientras que lo deberes en cabeza del Estado respecto a la

<sup>15</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. 9º Acto Legislativo 1 de 1936).

<sup>16</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sentencias del 28 de octubre de 1976 y del 28 de junio de 1984.

<sup>17</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



protección de los ciudadanos en su vida, honra y bienes, y la garantía que debe otorgar para el ejercicio de sus derechos civiles, son normas constitucionales de carácter eminentemente objetivo, cuyo cumplimiento no está vinculado en forma directa 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, con independencia de la noción de servicio público, ya que algunos de éstos eran prestados por los particulares, como en el caso del servicio de transporte y del servicio notarial: esto 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 ésta por parte de la víctima y posteriormente se adoptó el sistema de la falla presunta<sup>18</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>19</sup>, donde el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la “falla del servicio”, de carácter eminentemente subjetivo, como se explicó, 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 las cargas públicas”, con lo cual el Consejo de Estado inició a nivel jurisprudencial el proceso que culminó 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 más adelante.

## B. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL ESTADO

COMO YA LO ADVERTIMOS, el tema de la responsabilidad estatal en materia contractual no ha tenido el amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial que le

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 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>18</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de julio de 1989, C. P.: Antonio José De Irisarri Restrepo, exp. 2852 (252).

<sup>19</sup> Cfr. el análisis de estas teorías en HENAO. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado*, cit.

ha correspondido a la responsabilidad civil extracontractual del Estado; sólo a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, y en especial de la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, la doctrina y la jurisprudencia 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, en especial las contenidas en el Código Civil; son múltiples las decisiones que en este sentido ha proferido el Consejo de Estado<sup>20</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>21</sup>.

<sup>20</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 *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, N° 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° 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 *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, N° 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 *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, N° 148, abril de 1984.

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 ya se analizó; en el próximo acápite estudiaremos 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.

### III. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL CAMPO DE LA INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA

EN EL ANÁLISIS DEL SISTEMA DE responsabilidad del Estado en el campo de la infraestructura aeroportuaria a la luz del ordenamiento jurídico colombiano debe hacerse una distinción entre dos aspectos perfectamente independientes, que están vinculados con las distintas posiciones que asume la Administración pública frente a los operadores de esta infraestructura y frente a los usuarios del servicio público de navegación aérea.

Respecto a la primera posición, el Estado es un contratante, y como protagonista fundamental de esta relación contractual que lo vincula con el operador de infraestructura aeronáutica su responsabilidad se rige por la Constitución, por la ley y por el contrato; en cambio, frente a los usuarios del servicio de navegación aérea (pasajeros, empresas aéreas, etc.) la responsabilidad del Estado es de carácter extracontractual, y debe regirse por el principio general de responsabilidad patrimonial consagrado en la Constitución Política.

#### A. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

TODO TIPO DE RESPONSABILIDAD, cualquiera que sea su naturaleza o categoría, implica en todos los casos la obligación de indemnizar, cuya única 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>22</sup>; es decir que el daño, entendido como un hecho modificador de una

<sup>21</sup> En este sentido el Consejo de Estado 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 (ver sentencia de diciembre 14 de 1989, exp. 5685, M. P.: 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>22</sup> En este sentido, SARMIENTO. *Op. 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

realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, en su patrimonio o en sus sentimientos<sup>23</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 por completo 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 indemnizar 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 afecta a un sujeto de derecho, éste 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 en examen, 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 Política colombiana califica como *daño antijurídico*<sup>24</sup>.

Así se desprende del artículo 90 de la norma constitucional, que en su inciso 1º 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>25</sup>.

Esta tipificación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, en mi opinión, excluye totalmente la doctrina tradicional del Consejo de Estado

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>23</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, Edit. Temis, 1979, p. 361.

<sup>24</sup> Sobre este punto HENAO, *Op. 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>25</sup> *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-333, 1º de agosto de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

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 éste 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>26</sup>, reconociendo que el artículo 90 de la Constitución 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.

## B. OPERADORES DE INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA

PARTIENDO DEL PRINCIPIO general de responsabilidad que consagra la Constitución, y del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, así mismo allí consagrado, nos corresponde ahora precisar quiénes son los operadores de infraestructura aeroportuaria.

Como lo advertimos en la parte introductiva, la posibilidad de que terceros distintos al Estado puedan prestar los servicios vinculados con la operación de un aeropuerto está prevista en la Ley 105 de 1993, mediante la cual se expidió el estatuto básico de transporte en Colombia, reglamentada por los decretos 2724 de 1993 y 1647 de 1994.

La Ley 105 de 1993, que constituye el desarrollo legal del artículo 209 de la Constitución, al crear la figura de la *descentralización aeroportuaria* en su artículo 48, le otorgó a la autoridad aeronáutica, que en Colombia se denomina Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, adscrita al Ministerio del Transporte, la facultad de entregar a cualquier título los aeropuertos de su propiedad a entidades departamentales, municipales o asociaciones de las anteriores para que los administren en forma directa o indirecta. De igual manera la autorizó para celebrar contratos de administración, concesión o similares sobre los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales, en las cuales la participación estatal no podrá ser superior al cincuenta por ciento.

De esta disposición sobre descentralización aeroportuaria se desprenden dos clases de operadores aeroportuarios; en primer lugar, tenemos los operadores institucionales de naturaleza pública, que surgen de los acuerdos o convenios de carácter interadministrativo que la autoridad aeronáutica celebra con entidades departamentales, municipales, o asociaciones de estas últimas, para que administren en forma directa o indirecta los aeropuertos de su propiedad; en segundo lugar, se encuentran los operadores privados y de naturaleza mixta, ya que la autoridad aeronáutica está facultada para celebrar contratos de administración,

<sup>26</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sentencia del 30 de julio de 1992, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, exp. 6941; Sentencia del 18 de septiembre de 1997, C. P.: Daniel Suárez

Hernández, exp. 11754; Sentencia del 12 de diciembre de 1996, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, exp. 10299.

concesión o similares sobre los aeropuertos que le pertenecen al Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales; sin duda esta segunda hipótesis contemplada en el artículo 48 de la Ley 105 de 1993 es la que permite identificar con más claridad la figura del operador de infraestructura aeroportuaria, ya que sólo mediante la celebración de un contrato de concesión el contratista tiene la posibilidad de realizar una explotación total de los servicios aeroportuarios a cambio de una contraprestación, mientras que en la primera de las hipótesis contempladas en el artículo 48 de la Ley 105 de 1993 el operador de naturaleza pública está limitado, ya que sólo tiene la posibilidad de administrar el aeropuerto, pero no de explotar todos los servicios.

No obstante que el ordenamiento jurídico colombiano permite que entidades de carácter estatal o mixto puedan tener la condición de administradores y operadores de terminales aéreas, en estricto sentido, y siendo consecuente con la filosofía que informa los procesos de privatización destinados a la prestación de los servicios públicos, el operador de infraestructura aeroportuaria debe ser una persona de naturaleza privada, que explote y preste los servicios aeroportuarios mediante la celebración y ejecución de un contrato de concesión; este es el sentido del Decreto 1647 de 1994, que al reglamentar el artículo 48 de la Ley 105 de 1993 clasificó los aeropuertos en comerciales, regionales, y de aviación general, estableciendo tres niveles para los aeropuertos comerciales: el nivel A, que corresponde a los aeropuertos internacionales que embarcan más de 300.000 pasajeros por año; el nivel B, que corresponde a los aeropuertos que embarcan entre 50.000 y 300.000 pasajeros al año, y el nivel C, que corresponde a los aeropuertos que embarcan menos de 50.000 pasajeros al año; estas cifras se refieren a movimientos de pasajeros en 1994, que de acuerdo con el decreto reglamentario citado deben actualizarse anualmente en un porcentaje igual al promedio de crecimiento de pasajeros en los aeropuertos de propiedad del Estado.

El artículo 3º de este decreto reglamentario estableció que la administración y la explotación de los aeropuertos comerciales de nivel A y B se les pueden entregar en concesión a sociedades de nacionalidad colombiana con objeto especializado, en las cuales la participación estatal no puede superar el 50% del capital, con lo cual queda claramente definida la condición del operador de infraestructura aeroportuaria como una persona jurídica de derecho privado, consistente en una sociedad comercial de nacionalidad colombiana, que no excluye la participación de capital extranjero, pero respecto de la cual se exige su constitución y domicilio en el país, o en una persona jurídica de naturaleza mixta, también una sociedad, donde el capital estatal no sea superior al cincuenta por ciento.

Este operador de infraestructura aeroportuaria se vincula contractualmente con el Estado a través de un contrato de concesión, tipificado y regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previo un proceso de licitación pública, igualmente regulado en esta ley, donde deben primar los principios de transparencia, economía y responsabilidad para la escogencia del concesionario.

Las relaciones contractuales entre el operador y el Estado, derivadas del contrato de concesión aeroportuaria, lo mismo que la responsabilidad del Estado por los daños causados al concesionario en desarrollo de este vínculo contractual, están reguladas en la Constitución, en la ley y en el propio contrato de concesión.

### C. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO FRENTE AL OPERADOR

EL PRIMER ASPECTO IMPORTANTE de precisar en este tipo de responsabilidad estatal es determinar que el régimen de responsabilidad aplicable es el contractual, ya que el marco fundamental de análisis lo constituye el vínculo de carácter contractual entre el Estado y el concesionario, contenido en el respectivo contrato de concesión.

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>27</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 ya varias veces citada, sostuvo que el artículo 90 contiene un principio general de responsabilidad aplicable tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual del Estado.

De tal manera que todo análisis que se haga de la responsabilidad contractual del Estado frente a los operadores de infraestructura aeroportuaria tiene que partir de este principio general de responsabilidad patrimonial consagrado en la Constitución.

La pregunta que surge entonces es la de 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>28</sup>; ésta fue la posición

<sup>27</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 1962.

<sup>28</sup> En este sentido PEIRANO FACIO. *Op. Cit.*, pp. 357 y 358, sostiene: Estas definiciones, y otras que podrían traerse a

defendida por mucho tiempo por la doctrina y la jurisprudencia belga y francesa<sup>29</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>30</sup>.

De igual manera, en las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la Carta Política de 1991 encontramos referencias a la noción de daño antijurídico, en el sentido de que éste 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>31</sup>, concepto que recogió la Corte Constitucional en sentencia del 1º de agosto de 1996<sup>32</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, y la responsabilidad concreta de la autoridad aeronáutica frente a los operadores aeroportuarios, en particular, es una responsabilidad de carácter objetivo, que se integra con los siguientes elementos: 1º Un hecho generador del daño, que proviene de una acción o de una omisión de la entidad estatal; 2º Un daño antijurídico que resulta de esa acción u omisión, y 3º 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*), defendida 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, trátase del Estado o de los particulares; la nueva tendencia del derecho de la responsabilidad, en especial del régimen objetivo y de la teoría del riesgo, se estructura no para

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>29</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>30</sup> PEIRANO FACIO. *Op. Cit.*, 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 con el pretexto de que dicha ventaja no constituye un derecho. Tanto daño sufre el alimentario 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>31</sup> *Gaceta Constitucional*, N° 77, 20 de mayo de 1991, p. 9.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-333, agosto 1º de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.



defender a los causantes de los daños, sino para proteger los intereses de las víctimas<sup>33</sup>, en este caso de los contratistas, frente a la actividad del Estado, que en desarrollo de un contrato de concesión crea riesgos que causan daños; todo esto dentro de la orientación general que tiene hoy el derecho en todas sus manifestaciones de proteger a los más débiles<sup>34</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 «*De la responsabilidad de las entidades estatales*. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les 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 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 prevalencia de la primera, como norma de normas, sobre la ley o cualquier otra disposición jurídica, consagrado en el artículo 4º de la Carta Política<sup>35</sup>, como tuvo oportunidad de hacerlo la Corte Constitucional

<sup>33</sup> En este sentido MANUEL G. SARMIENTO. "La responsabilidad del operador de transporte multimodal en la legislación andina", en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio de 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 favorecidos 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>34</sup> En este sentido JOSSEBRAND decía: «La protección de los débiles es seguramente una de las preocupaciones más constantes del legislador contemporáneo»: "La protección de los débiles por el derecho", en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, año XLV, N° 12, Montevideo, 1947, p. 313.

<sup>35</sup> El artículo 4º de la Constitución Política

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 Constitución.

Sin embargo, aunque la Corte, en sentencia que hemos citado varias veces, advirtió claramente la contradicción entre la norma constitucional y la norma legal, respecto al fundamento mismo de la responsabilidad estatal<sup>36</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>37</sup>.

En este orden de ideas y siendo coherentes con las tesis que hemos defendido, la responsabilidad contractual del Estado respecto a los concesionarios de la infraestructura aeroportuaria surge cuando la autoridad aeroportuaria, con ocasión y en desarrollo del contrato de concesión que ha celebrado, causa daños antijurídicos al concesionario del aeropuerto, con independencia de si su actuación fue culposa o no, constituyó una falla del servicio, o fue antijurídica; basta simplemente demostrar que el concesionario, como resultado de la ejecución del contrato, recibió un daño que no está en la obligación de soportar, es decir un

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».

<sup>36</sup> La Corte Constitucional en sentencia anteriormente citada, del 1º de agosto de 1996, 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 exis-

tencia 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>37</sup> La Corte Constitucional, en sentencia citada del 1º 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 executable, 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».

daño antijurídico, y que existe una relación de causalidad de tipo contractual y no moral entre el hecho activo o pasivo de la autoridad aeronáutica y el perjuicio causado al concesionario.

Pueden ser de varias clases los daños materiales que la autoridad aeronáutica cause a un concesionario: patrimoniales o extrapatrimoniales; obviamente los mayores riesgos de producción de daños son los de orden patrimonial, relacionados con la ejecución del contrato de concesión y que resultan de las modificaciones que el concedente pueda hacer de las bases fundamentales que dieron lugar a la contratación, previstas tanto en el pliego de condiciones de la licitación como en el contrato mismo.

La experiencia en Colombia sobre concesiones aeroportuarias no es muy amplia, ya que el proceso de descentralización aeroportuaria autorizado por la Ley 105 de 1993 es reciente y sólo ha permitido otorgar en concesión los aeropuertos de Barranquilla y Cartagena y la segunda pista del aeropuerto “Eldorado” de Bogotá, habiéndose interrumpido el proceso licitatorio del aeropuerto de Cali, lo cual no permite que existan antecedentes jurisprudenciales en la materia; sin embargo, se podrían identificar como posibles daños causados a los concesionarios aquellas acciones u omisiones de la autoridad aeronáutica que afecten el patrimonio del concesionario, consistentes en la variación de las bases fundamentales que dieron lugar a la contratación estatal.

El contrato de concesión aeroportuaria tiene por objeto la administración y explotación económica del respectivo aeropuerto, por un determinado período de tiempo, que incluye el manejo directo por parte del concesionario de terminal, pista, rampa, ayudas visuales de aproximación, instalaciones aeroportuarias y zonas accesorias, para lo cual la autoridad aeronáutica deberá ceder al concesionario los ingresos provenientes de los cargos a las aeronaves (derechos de pista, de rampa, parqueo adicional en rampa o en posición remota), cargos a los pasajeros (tasa aeroportuaria nacional e internacional), los contratos de arrendamiento, comodato o concesión de las áreas comerciales y terrenos del aeropuerto, pagando el concesionario como contraprestación por esta cesión de los derechos de explotación una determinada suma de dinero y garantizando la prestación del servicio público a todos los usuarios del sistema aeroportuario.

Para el desarrollo de este objeto se señalan unas bases tanto en el pliego de condiciones como en el contrato mismo, relacionados con la estructura y el régimen tarifario, lo mismo que con la garantía de compensación que ofrece la autoridad aeronáutica por modificaciones tarifarias; se establecen así mismo las bases para la elaboración y ejecución de los planes de inversiones, mantenimiento y mejoras, lo mismo que de operación y seguridad del respectivo aeropuerto, que deben ajustarse a las recomendaciones y seguir los lineamientos del Manual de Servicios Aeroportuarios de la OACI; en todos los casos en que dichas condiciones son modificadas por la autoridad aeronáutica, causándole un daño patrimonial al concesionario, se compromete la responsabilidad del Estado, como acontece cuando se autorizan planes de vuelo a aeronaves pertenecientes a explotadores que incurran en mora con el concesionario en el pago de los derechos de pista y rampa; lo mismo sucede cuando el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de las funciones que la autoridad aeronáutica se reserva en materia de infraestructura aeroportuaria, como es el caso del control del tráfico aéreo y la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas, lo mismo que la adecuada supervisión que debe ejercer sobre la seguridad aérea y el

control técnico, como lo establece claramente el párrafo 3º del artículo 48 de la Ley 105 de 1993; en estos casos la responsabilidad del Estado es de doble vía, ya que sí como consecuencia de una omisión de la autoridad aeronáutica en materia del control del tráfico aéreo o de mal funcionamiento de una ayuda aérea, se produce un accidente que causa daños habrá una responsabilidad extracontractual del Estado frente a los usuarios del transporte aéreo (pasajeros, tripulación, etc.) y de la navegación aérea (compañías aéreas); pero también habrá una responsabilidad contractual frente al concesionario, si el accidente causa daño a las instalaciones aeroportuarias bajo su explotación, o le impide operar el aeropuerto por daños a la pista o suspensión de las operaciones, daños estos que deben repararse teniendo en cuenta el criterio general que señala el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, es decir, indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione al concesionario, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista; que no es otra cosa que la aplicación de los tradicionales conceptos de daño emergente y lucro cesante en materia indemnizatoria.

Como conclusión a este acápite podemos decir que la responsabilidad del Estado frente a los operadores o concesionarios de infraestructura aeroportuaria está tipificada en la Constitución y en la ley; en la Constitución (art. 90) se regula el fundamento de esta responsabilidad, consagrando un régimen objetivo, y en la ley (art. 50 Ley 80/993) se reglamenta la indemnización de los perjuicios, señalando bases claras para reparar el daño emergente y el lucro cesante.

#### IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL DERECHO COLOMBIANO Y ARGENTINO

RESULTARÍA DEMASIADO ATREVIDO de mi parte pretender realizar un análisis jurídico del proceso de privatización aeroportuaria en la República Argentina, ante una audiencia tan autorizada como esta y en especial tras escuchar a lo largo de este I Congreso Latinoamericano de Gestión Aeroportuaria las brillantes intervenciones de los distintos expositores sobre la experiencia argentina en esta materia, que constituye un ejemplo a seguir por los demás países latinoamericanos, ante todo por la importancia que se le ha otorgado a las entidades reguladoras, como el caso del ORSNA, en la garantía y protección de los derechos de los usuarios del servicio público aeroportuario.

Sin embargo permítaseme que, de manera muy general y con la limitación obvia respecto al conocimiento del ordenamiento jurídico argentino, intente un rápido análisis comparativo de los regímenes de responsabilidad aplicables al Estado, tanto en Colombia como en Argentina, respecto a los concesionarios de aeropuertos.

En primer lugar importa destacar la forma como el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, en ambos países, ha tenido su origen, formación y desarrollo en la labor jurisprudencial, lo cual nos lleva a decir que estamos frente a un derecho verdaderamente pretoriano, que en el caso argentino se vio atenuado con la expedición de la Ley 3952 de 1900, conocida como ley de demandas contra la Nación, que al permitir accionar contra el Estado-persona, sin la previa venia legislativa, abolió la doctrina jurisprudencial que predominó en el siglo XIX, según la cual el Estado tenía una doble personalidad, la del Estado-poder

público y la del Estado-persona jurídica, que le impedía ser demandado, por lo menos cuando realizaba actos de gobierno, sin la previa venia legislativa<sup>38</sup>.

Con posterioridad la Ley 11.634 del 11 de octubre de 1932 modificó el artículo 1° de la Ley 3952 y admitió cualquier acción civil contra la Nación, sin exigir ningún tipo de venia legislativa, ya sea que el Estado hubiera actuado en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público.

Esta referencia legal a la doble personalidad del Estado fue suprimida por una ley aprobada por el Senado Nacional en 1949, que reformó la ley de demandas contra la Nación, donde se establece que «la justicia nacional conocerá de las acciones que se deduzcan contra la Nación».

Respecto al fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho argentino, la doctrina dominante considera que este fundamento se encuentra diseminado en varias disposiciones constitucionales, sin que exista una norma específica que la tipifique; de ahí que se hayan elaborado varios principios sobre la responsabilidad estatal, con fundamento en diversas normas constitucionales, como es el principio de “sacrificio especial e igualdad ante las cargas públicas”, que encuentra apoyo en los artículos 4° y 16 de la Constitución; el de la “garantía del derecho de propiedad”, que desarrolla el artículo 17, y el principio de los “derechos adquiridos”, reconocidos en los artículos 14 a 20, 28 y 75 de la Carta y cuyo desconocimiento por parte del Estado genera indemnización, como lo establecen estas disposiciones<sup>39</sup>.

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable respecto a cada uno de los regímenes mencionados, la jurisprudencia indistintamente considera que en unos casos se exige que la conducta causante del daño sea culpable (responsabilidad subjetiva), y en otros se excluye el elemento subjetivo, dando lugar a una responsabilidad objetiva, en especial en los casos donde se produce la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Al hacer una comparación de este régimen de responsabilidad estatal con el sistema actualmente vigente en Colombia se advierte una primera diferencia, que se refiere a la tipificación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución colombiana de 1991, como tuvimos oportunidad de analizarlo en el acápite anterior al estudiar el artículo 90, tipificación esta que no se encuentra consagrada en la Constitución argentina.

Antes de expedirse la Constitución de 1991, el régimen colombiano era muy similar al argentino, ya que la responsabilidad de Estado encontraba su fundamento en diversas disposiciones constitucionales, en especial en el artículo 16 de la Constitución de 1886, que le sirvieron a la jurisprudencia del Consejo de Estado para elaborar los diferentes regímenes sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado, como el del daño especial, el del riesgo por actividades

<sup>38</sup> ALBERTO G. SPOTA. *Comentario a la Ley 3.952 de 1900* sostiene: «La supuesta doble personalidad del Estado es un concepto doctrinal que merece críticas. El distingo entre el Estado-persona jurídica y el Estado-poder público carece de auténtica fuerza de convicción. No sólo la realidad de la vida administrativa pone a prueba esa artificiosa separación en dos fases del Estado, sino que en correcta doctrina no se justifica que el

Estado deje de ser tal, sea cuando recurre a los medios propios de su autoridad ejecutiva y de su imperio (*de jure imperi*), sea cuando procede en la esfera de los negocios jurídicos del derecho privado (*de jure gestionis*), y con mayor razón cuando actúa en la gestión de los servicios públicos».

<sup>39</sup> Cfr. ROBERTO DROMI. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Edit. Ciudad Argentina, 1997, pp. 766 y 767.

peligrosas, el de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y el del riesgo excepcional; regímenes estos que se encuentran contenidos en el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, que consagra el artículo 90 de la Constitución Política.

Respecto a la responsabilidad contractual del Estado frente a los concesionarios de aeropuertos, existen así mismo importantes diferencias entre los dos ordenamientos; mientras en Colombia existe una disposición de carácter general sobre la responsabilidad contractual del Estado, contenida en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que tuvimos oportunidad de analizar en el acápite anterior y que resulta aplicable a los contratos de concesión aeroportuaria, en Argentina existe una norma especial, que a su vez consagra un principio general de responsabilidad respecto a las actividades aeroportuarias, principio este consagrado en el artículo 18 del Manual de Funcionamiento de los Aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos, expedido por el ORSNA, mediante la Resolución 232 de 1998, con fundamento en las facultades otorgadas por el Decreto 375 de 1997, ratificado por el Decreto de necesidad y urgencia 842 de 1997.

El artículo 18 de la Resolución 232 de 1998<sup>40</sup> al consagrar este principio general establece que los organismos y dependencias estatales del aeropuerto, sus dependientes o terceros relacionados con ellos, son responsables por todos los daños que causaren a las personas y seres existentes en él, que incluye obviamente al concesionario y a sus dependientes, bajo un régimen que en mi opinión es totalmente objetivo o de responsabilidad sin culpa.

Por otra parte, desde el punto de vista contractual el contrato de concesión celebrado entre el Estado Nacional argentino y la sociedad anónima "Aeropuertos Argentina 2000", para administrar y explotar 33 aeropuertos del Grupo A, contiene cláusulas de responsabilidad a cargo del Estado, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones con el concesionario, que limitan la indemnización de los daños y perjuicios a su favor, de acuerdo con los índices establecidos en la cláusula 23.2, y que excluyen la indemnización por lucro cesante cuando el incumplimiento del concedente que da lugar a la rescisión del contrato proviene de negligencia, culpa o dolo de sus agentes; sistema este que encontramos desfavorable para los concesionarios, el cual no se encuentra previsto en los contratos de concesión aeroportuaria que se han celebrado en Colombia, donde la indemnización del daño causado al concesionario es integral, es decir, comprende la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista, como lo dispone claramente el artículo 50 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80/993).

## V. CONCLUSIÓN

COMO CONCLUSIÓN FINAL de esta ponencia podemos decir que en los albores del siglo XXI existe en el mundo una tendencia muy fuerte a que el derecho, como

<sup>40</sup> El artículo 18 de la Resolución 232 de 1998 dice: «Daños causados a bienes y/o cosas en el Aeropuerto.

«Los Operadores Aéreos, Prestadores, Permisionarios u Organismos y Dependencias Estatales del Aeropuerto y sus Dependientes o terceros relacionados con

ellos, Pasajeros, Usuarios y cualquier persona que se relacione directa o indirectamente con el Aeropuerto, serán responsables por todos los daños que causaren a las personas y bienes existentes en él y deberán hacerse cargo de las reparaciones que por esa causa pudieren corresponder».

un reflejo auténtico del hombre y de la sociedad, encierre en todos sus ámbitos de regulación los valores fundamentales de justicia, equidad, igualdad y solidaridad; filosofía esta que en el campo de la responsabilidad estatal tiene una gran importancia, ya que estos valores sólo se pueden obtener cuando existe un sistema jurídico que le permite a los ciudadanos exigirle al Estado, no solo la garantía para el ejercicio de sus derechos fundamentales, sino la posibilidad de reclamarle una indemnización cuando éstos son vulnerados como consecuencia de un hecho o de un acto imputable a las autoridades públicas, sin que estas puedan escudarse en razones de Estado, poder o soberanía para denegar el resarcimiento; en este sentido el artículo 90 de la Carta Política colombiana, al elevar a la categoría de norma constitucional la responsabilidad del Estado, consagrando un régimen objetivo o de responsabilidad sin culpa, reconoce una tendencia del derecho moderno de buscar, ante todo y sobre todo, la justicia y la equidad como soportes fundamentales del ordenamiento jurídico.