



---

---

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL  
DAÑO ANTIJURÍDICO DERIVADO DE LA FALTA DE  
REGULACIÓN O POR LA REGULACIÓN LEGÍTIMA**

---

---

***OLGA CECILIA GONZÁLEZ NORIEGA***

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO  
ANTI JURÍDICO DERIVADO DE LA FALTA DE REGULACIÓN O  
POR LA REGULACIÓN LEGÍTIMA**

**OLGA CECILIA GONZÁLEZ NORIEGA**

**Trabajo de grado elaborado como requisito parcial para optar al título de  
Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

**Director  
ORLANDO PARDO MARTÍNEZ  
Ph D. en Derecho**

**Codirectora  
MARIELA VEGA DE HERRERA  
Dra. En Derecho y Ciencias Políticas**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	12
1.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL NOCIÓN	12
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	13
1.2.1 En el Estado Colombiano	18
1.3. FUENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	26
1.4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	31
1.4.1. En el Derecho Español	31
1.4.1.1 Características del sistema español de responsabilidad	34
1.4.2 En el Derecho Francés	36
1.4.2.1 El hecho perjudicial	39
1.4.2.2 Principales regímenes de responsabilidad	41
2. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD	44
2.1 DESARROLLO CONSTITUCIONAL	44
2.1.1 Constitución Nacional de 1886	44
2.1.2 Constitución Política de 1991	46
2.2 ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD	47
2.2.1 El daño antijurídico	48
2.2.2 La imputación al Estado	55
3. RESPONSABILIDAD POR FALTA DE REGULACIÓN O REGULACIÓN LEGÍTIMA	57
3.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR	58
3.1.1 Responsabilidad del Estado-legislador en el Derecho comparado	61
3.1.2 Responsabilidad del Estado-legislador en la Jurisprudencia Colombiana	65
3.2 OMISIÓN LEGISLATIVA	68
3.2.1 Posición jurisprudencial en Colombia	71
3.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO REGULADOR	74
3.3.1 Acto administrativo legal generador de daño	75
3.4 TÍTULO DE IMPUTACIÓN JURÍDICA	81
3.5 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD: DAÑO ESPECIAL	82
3.6 ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA: MECANISMO PARA RECLAMAR PERJUICIOS POR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR Y ESTADO-REGULADOR	86
4. EL DAÑO Y SU REPARACIÓN INTEGRAL	90

	Pág.
4.1 EL DAÑO	90
4.2 DEBER DE REPARAR EL DAÑO	92
4.3 PERJUICIOS RECONOCIDOS POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	95
4.3.1 Daños o perjuicios materiales	96
4.3.2 Daños o perjuicios inmateriales	97
4.3.3 Daño a la vida en relación	98
4.4. REPARACIÓN INTEGRAL	101
4.4.1 Reparación Integral en el Derecho Interno	102
4.4.2 Reparación Integral en el Derecho Internacional	103
5. CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFÍA	109

## RESUMEN

**TITULO** LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO ANTIJURIDICO DERIVADO DE LA FALTA DE REGULACION O POR LA REGULACION LEGÍTIMA\*

**AUTOR** OLGA CECILIA GONZALEZ NORIEGA\*\*

**PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad extracontractual, Rompimiento del Equilibrio de las cargas publicas, El Daño, Daño Antijurídico, Daño Especial, Reparación Integral del Daño, Imputación al Estado, Bloque de Constitucionalidad, Estado – Legislador, Estado-Regulador.

Si bien se ha reconocido responsabilidad a la Administración Pública proveniente de hechos, acciones u omisiones que le son imputables, no ha tenido igual desarrollo la imputación de responsabilidad cuando ésta proviene de los daños ocasionados por leyes y actos, que siendo válidos jurídicamente, causan daño a los administrados, ni mucho menos, la imputación de responsabilidad al legislador por la omisión en expedición una regulación específica.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se consagró por primar vez en nuestro ordenamiento jurídico, el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado (Cláusula General de Responsabilidad), siendo procedente a partir de este momento, imputar responsabilidad cuando tipificada una irregularidad, ésta ocasiona un daño a los administrados.

La Administración responde, según el precepto constitucional, por toda lesión que los particulares sufran por el hacer, no hacer y actuar de la Administración como acto de gestión pública. Quedan así incluidos, no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración y sus agentes, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, por un funcionamiento normal.

Pese a contar nuestro Estado de Derecho con este soporte constitucional y con antecedentes en otros ordenamientos jurídicos, la jurisprudencia de las Altas Cortes ha sido muy limitada e incluso inexistente para imputar responsabilidad al Estado generada por la omisión legislativa. Tampoco existe posición jurisprudencial clara respecto a definir si existe responsabilidad por el hecho de las leyes o por la expedición de actos administrativos legales, en razón a la carencia de una normatividad precisa que determine su procedencia.

---

\*Proyecto de grado.

\*\*Maestría en Hermenéutica. Escuela de Derecho. Facultad de Ciencias Humanas. Orlando Pardo Martínez, Director; Mariela Vega de Herrera, Codirectora.

## SUMMARY

**TITLE: THE LIABILITY OF THE STATE FOR THE DAMAGE ANTI LAWFUL DERIVED FOR THE LACK OF REGULATION OR FOR THE LEGAL REGULATION\***

**BY: OLGA CECILIA GONZÁLEZ NORIEGA\*\***

**KEY WORDS:** Extra-contractual liability, Breaking of Public Load Balance, The Damage, Anti Lawful Damage, Special Damage, Whole Damage Repairing, State Accusation, Constitutionality Block, State – Legislator, State – Regulator.

It is well known liability of Public Administration coming from facts, actions or omission that are chargeable, but imputation of liability when this comes from damage occurred by laws and acts has not had the same development, being valid juridical, cause damage to the administrated ones, nor even less, the imputation of liability to the legislator for omission in the expedition of a specific regulation.

With the expedition of the Political Constitution of 1991, it was established for the first time in our legal legislation, the grounds of the patrimonial liability of the State (General Liability Clause), being right and proper from that moment to accuse liability when an irregularity is classified.

The Administration responds, according to the constitutional mandate for all the injuries to the particular ones that suffer for doing, not doing and acting of the Administration as an act of public management. Thus, remain excluded not only the illegal that are consequences of a guilty activity of the Administration and its people, but also by an perfectly legal activity, by a regular functioning.

Spite of having our own State of Right with this constitutional support, and with background in other legal legislation, the jurisprudence of the Highest Courts has been very limited, even inexistence to accuse liability to the State generated by legislative omission. Neither exist clear jurisprudential position about on refining if there is liability by the fact of the laws or by the expedition of administrative legal acts in favor of deficiency of an accurate rule that determines its origin.

---

\*Project degree.

\*\*Maestría en Hermenéutica. Escuela de Derecho. Facultad de Ciencias Humanas. Orlando Pardo Martínez, Director; Mariela Vega de Herrera, Codirectora.

## INTRODUCCIÓN

El principio de Soberanía que imperó tanto en los regímenes democráticos como teocráticos, impedía la imputación al Estado de responsabilidad por los daños que causara a los particulares y por consiguiente, la posible reparación de los perjuicios que ocasionaba.

Con el devenir del tiempo y ante la necesidad de ordenar las relaciones jurídicas de los administrados, se empieza a reconocer la responsabilidad del Estado, elaborándose para ello, diferentes teorías de responsabilidad que hoy se aplican.

El régimen de responsabilidad extracontractual del Estado proveniente de los hechos, acciones u omisiones que le son imputables se ha desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, pero, no ha ocurrido lo mismo con el desarrollo de la responsabilidad proveniente de la omisión total o parcial en la expedición de una regulación específica por el órgano legislador ni la responsabilidad proveniente de expedición de leyes y actos, que siendo validos jurídicamente, causan daño a los administrados.

El desarrollo de la responsabilidad del Estado - Legislador y del Estado - Regulador en Colombia es muy incipiente, siendo una expectativa su desarrollo jurisprudencial, pese a la consagración de la cláusula general de Responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en virtud de la cual el Estado responde patrimonialmente por el daño antijurídico causado por las acciones u omisiones de las autoridades públicas.

Frente a este panorama, es necesario evidenciar si procede imputar responsabilidad extracontractual al Estado Colombiano por la omisión legislativa,

por la expedición y aplicación de preceptos constitucionales o legales o de actos administrativos, que siendo jurídicos, causan un daño antijurídico a los derechos y bienes jurídicamente protegidos.

Para adentrarnos en el estudio, se procederá primero a estudiar la evolución histórica de la responsabilidad extracontractual del Estado, las fuentes de responsabilidad y el aporte que la doctrina y jurisprudencia han hecho al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado.

En un segundo capítulo se estudiará ampliamente la Cláusula General de Responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, fundamentación constitucional de la responsabilidad del Estado, haciendo un análisis detallado de los elementos que la conforman: el daño antijurídico y la imputación al Estado.

En el tercer capítulo, nos detendremos en analizar la responsabilidad por la falta de regulación o por regulación legítima en el Derecho comparado. Se analizará cómo a este tipo de responsabilidad se le puede aplicar el régimen de responsabilidad por Daño Especial y las herramientas jurídicas que proceden para hacer efectiva la reparación de los daños causados.

Por último, analizaremos el daño como elemento fundamental de la responsabilidad extracontractual, su evolución y reconocimiento por parte de la Doctrina y la Jurisprudencia nacional y extranjera, para finiquitar con la Doctrina de la Reparación Integral, como principio resarcitorio del daño.

Cabe resaltar y anticipar, que como conclusión del presente trabajo se propondrá la creación de la legislación para esta modalidad especial de responsabilidad extracontractual, esbozándose los lineamientos y la estructura con la que debería contar una ley coherente y eficaz en este sentido. Para lograr dicho cometido se

ha elaborado el presente trabajo de profundización en Derecho Administrativo y cada uno de los apartes capitulares tiene la finalidad de darle el sustento teórico y argumentativo a la legislación en la materia.

## **1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

En este capítulo se plantearán las diferentes tesis que nos permitirán conocer la evolución histórica de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Partiremos del análisis de las concepciones teocráticas y democráticas que justificaron la irresponsabilidad del Estado, para posteriormente evidenciar las limitaciones producidas, que hacen surgir la responsabilidad directa del Estado por su intervención en la prestación de los servicios públicos, dando lugar a la consagración de la responsabilidad extracontractual del Estado en nuestro ordenamiento.

Posteriormente haremos un recorrido por las fuentes de responsabilidad, fruto del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, para concluir el capítulo, analizando el aporte hecho en materia de responsabilidad extracontractual por la doctrina y jurisprudencia española y francesa.

### **1.1 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL – NOCIÓN**

La palabra “responsabilidad” es producto de la evolución de la palabra latina responderé, cuyo significado es seguridad, restitución o indemnización.

Se considera la responsabilidad como la obligación legal de responder por los actos que impliquen daños a terceros por violación de la ley.

La responsabilidad comienza a tratarse en el Derecho Romano con la Ley Aquiliana, norma que consagra el principio regulador de la obligación de reparar los daños; pero de manera específica es el Código de Napoleón, la norma que estableció de manera clara el “Principio General de Responsabilidad del Estado”.

De manera específica, la responsabilidad del Estado se basa en la obligación de reparar los daños que se causa a los bienes jurídicamente protegidos y que pertenecen a terceros, en el ejercicio de actos u omisiones, en forma legal o ilegal.

Para Vedel, la responsabilidad de la administración, llamada también “responsabilidad de la potestad pública”, es un elemento esencial del régimen administrativo en cuanto sujeción que se impone a la potestad pública<sup>1</sup>.

La responsabilidad extracontractual es aquella que tiene lugar fuera de las relaciones contractuales y busca el resarcimiento de los perjuicios sufridos por los administrados en el desarrollo de la actividad estatal.

## **1.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

El tratamiento dado a la responsabilidad del Estado se ha caracterizado por la evolución progresiva que ha generado grandes cambios, distinguiéndose distintos periodos, así:

Irresponsabilidad del Estado. Hasta la segunda mitad del siglo XIX, el Estado no respondía por los daños que ocasionara con su actividad, bajo el fundamento de la idea de “Soberanía”.

El concepto de Soberanía evolucionó de acuerdo con las ideologías imperantes. En un principio se impuso la concepción teocrática, teoría que fundamentaba el poder en su origen divino, lo cual condujo a la irresponsabilidad del Estado. La imputación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de su actuación pugnaba con la tradición multiseccular, que a través de una combinación de la potestas imperial romana y de la concepción teocrática del poder del Monarca, característica del mundo medieval, encontró su expresión en

---

<sup>1</sup>VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Aguilar, 1980. p. 269.

el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual “el rey no puede hacer ilícito”<sup>2</sup>

Al respecto comenta el profesor Efraín Gómez Cardona:

Dentro de la concepción teocrática del Estado, considerado como soberano e infalible, no podía pensarse en exigirle responsabilidad por sus hechos, ni por los de sus agentes ni gobernantes - ya se les llamase Césares, Emperadores, Fuhreres o Reyes - porque la Soberanía y la responsabilidad son fenómenos incompatibles; si se es Soberano, no se es responsable; si se es responsable, no hay soberanía.<sup>3</sup>

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

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

El soberano disponía libremente de los bienes de los ciudadanos, y sólo era responsable de sus actos frente a la divinidad de la cual emanaba su poder. El absolutismo de los monarcas, en el que se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos ejercieran acciones tendientes a lograr un resarcimiento por los perjuicios que se le causaban por el actuar del soberano.

El principio según el cual el Estado siendo soberano, no podía obrar mal, al menos cuando lo hacía por vía de autoridad, es común a todos los ordenamientos.

---

<sup>2</sup>GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho administrativo II". Madrid: Civitas, 1995. p. 357.

<sup>3</sup>GOMEZ CARDONA, Efraín. Responsabilidad del Estado y actividad judicial. En: López Morales, Jairo. La responsabilidad del estado por error judicial. Bogotá: Doctrina y Ley. 2007. p. 34.

En este período, los conceptos de responsabilidad y soberanía se excluían. Anotaba Duguit:

Es evidente que tomadas en si, las dos nociones de responsabilidad y de soberanía son antinómicas, porque si el Estado se considera soberano no puede admitirse que sea responsable y si se afirma que es responsable, no puede admitirse que sea soberano. O la soberanía es nada, o ella es, como se ha dicho, ese rasgo de voluntad que no se determina sino por sí misma, es decir, que no puede limitarse por un elemento extraño, ni sometida a obligaciones sino en la medida consentida. De ahí resulta que una persona soberana no puede ser responsable de sus actos, esto es sometida a una obligación que se imponga a ella desde el exterior, o por lo menos no puede serlo sino en la medida en que lo quiera. Pero entonces no se trata ya de una responsabilidad porque no es una obligación.<sup>4</sup>

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

El profesor Marienhoff afirma que “nunca la soberanía puede ser sinónimo de impunidad. Soberanía significa el ejercicio de poderes superiores pero dentro del derecho, dentro de las normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado”.<sup>5</sup>

Responsabilidad del Estado. De la estructura de poder fundada en la noción de Soberanía, pasa el Estado a justificarse como la organización con capacidad de prestar servicios públicos, surgiendo la noción de actos de servicio público y actos

---

<sup>4</sup>DUGUIT, León. *Traite de Droit Constitutionnel*, Edit Ancienne Librairie Fontemoing & Cía. Paris 1930. p 460. En: URUETA AYOLA, Manuel. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bucaramanga: Recopilación Universidad Santo Tomas.

<sup>5</sup>MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

ajenos al servicio público. Esta nueva concepción tuvo como instrumento la intervención del Estado para la realización de sus fines, y bajo esta concepción resultaba lógico que ante la mayor intervención del Estado se ocasionaran perjuicios al patrimonio de los ciudadanos.

Surge así la tesis de la falla del servicio como proyección del deber ser del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, y si por las irregularidades o deficiencias en la prestación de éstos causa daños, éstos deben ser satisfechos por la administración.

El *intervencionismo estatal* es la fuente que permitió admitir la responsabilidad del Estado ajena al contrato.

Esta responsabilidad se consagró en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estipulaba la propiedad como un derecho inviolable y sagrado, pudiendo sólo ser privado el ciudadano de este derecho, bajo la condición de una indemnización previa y justa, esto es, el Estado debía indemnizar cuando por causa de necesidad pública era necesario ordenar una expropiación. Esta posición llevó a considerar que la irresponsabilidad del Estado no era absoluta.

Para García de Enterría y Fernández “la soberanía del pueblo se subroga en el lugar que antes ocupaba el príncipe, heredando los privilegios de éste en las esferas no afectadas expresamente por el nuevo orden”<sup>6</sup>. Recuerdan la frase de Jeze “el derecho divino del pueblo sustituyó al derecho divino de los reyes”.

Es a partir del desarrollo de este principio, y con la revolución industrial que se empieza a admitir la responsabilidad del Estado siempre que se ocasionaran perjuicios a los derechos de los ciudadanos.

---

<sup>6</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, Op.cit., p. 323.

Este período se instituyó con el Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia<sup>7</sup>, que consagró una teoría autónoma de la responsabilidad administrativa, ya que ésta no puede ser regida por los principios establecidos en normas contenidas en el Código Civil y que se aplican para las relaciones entre los particulares; ésta responsabilidad tiene sus reglas especiales, cuya elaboración correspondía al propio juez administrativo.

Señala el Fallo Blanco textualmente:

La responsabilidad que pueda incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplee al servicio público, no puede estar referido por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus reglas generales que varían según las necesidades del servicios y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados<sup>8</sup>.

Del contenido del Fallo Blanco se destacan dos elementos, comentan los tratadistas Long, Weil, Braibant:

La razón básica para sustraer la responsabilidad del Estado de la esfera propia del Código Civil, fue la necesidad de conciliar los intereses de la colectividad en la correcta prestación de los servicios públicos, con los de los particulares que pudieran verse afectados por una falla en la correcta prestación; y de otra parte, el carácter de excepcional que el fallo quiso darle a la responsabilidad del Estado por fallas en la prestación de los servicios públicos, en la que la responsabilidad no es general ni absoluta, con lo cual quiso expresar que la autonomía responsabilidad de derecho administrativo implicaba, menor favorabilidad para los particulares frente a las soluciones que daba el Código Civil<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup>Tribunal de Conflictos de Francia de Febrero 8 de 1783: Considerado como la *pedra angular* de todo el Derecho Administrativo.

<sup>8</sup>PENAGOS, Gustavo. Fundamentos del Derecho administrativo. Origen Francés en el mundo. 1993. Bogotá: Librería del Profesional. p 217.

<sup>9</sup>LONG, WEIL, BRAIBANT: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey Paris. 8° edición 1884, p 8 En: IRISARRI RESTREPO, Antonio José. La responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del servicio en Colombia. Artículo publicado en La Responsabilidad de la Administración Pública. Recopilación Universidad Externado de Colombia. 1986. p 145.

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

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

Responsabilidad creciente: la evolución del derecho administrativo ha mostrado la tendencia hacia una mayor responsabilidad del Estado, manifestándose en varios aspectos: la responsabilidad se extendió hacia la totalidad de los servicios prestados por el Estado, sin embargo, dada la dificultad de probar la falla del servicio, se fueron aceptando criterios de responsabilidad con culpa presunta, con cualquier clase de culpa y aun hasta sin culpa, es decir, una responsabilidad objetiva

Inclusive hoy en día, la jurisprudencia se ha dirigido a dos aspectos que han ampliado la cobertura de la responsabilidad: la creación de un ventajoso sistema de indemnizaciones para el perjudicado, en cuanto se exige la reparación integral de los perjuicios que ocasiona el daño proveniente de la acción u omisión del Estado y la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a la persona jurídica o natural.

Se ha llegado a hablar incluso de “Responsabilidad Social”, entendida como aquella que establece la obligatoriedad de responder del Estado por todos los perjuicios que se cuasen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no

aparezca un responsable identificado, o aun en el caso en que apareciendo éste, no tuviere medios para indemnizar el daño causado<sup>10</sup>.

**1.2.1 En el Estado Colombiano:** hasta finales del siglo XIX, la responsabilidad del Estado y la consecuente obligación de indemnizar, se encontraban enmarcadas por normas jurídicas que la reconocían expresamente. No existía un principio general que impusiera el deber de indemnizar los daños causados por el Estado.

El Estado Colombiano sufre una gran transformación con la reforma constitucional de 1936<sup>11</sup>, en la que se abandono el criterio de Estado-gendarme dando paso al Estado-intervencionista, sobre todo en el campo economito y social.

Para el profesor Manuel Urueta:

El artículo 16 de la Constitución, consagraba que las autoridades de la Republica se encuentran instituidas para *proteger a todas las personas residente en Colombia, en sus vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares* y otras normas del ordenamiento constitucional, se enmarcan dentro de una orientación política - filosófica del Estado, que le cambió a la Constitución el perfil individual por el Estado Social de Derecho<sup>12</sup>.

Con este nuevo enfoque constitucional, la Corte Suprema de Justicia introdujo en su jurisprudencia la tesis de la falla o culpa del servicio, abandonando las teorías privatistas como fundamento de la responsabilidad extracontractual de Colombia; enfoque que siguió el Consejo de Estado, habiendo reiterado en varias oportunidades que la responsabilidad del Estado tiene asiento en el texto constitucional

---

<sup>10</sup> RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General Colombiano. Bogotá: Temis, 2008.

<sup>11</sup>Reforma Constitucional de Alfonso López Pumarejo, de tinte social. Su artículo 16 recoge la concepción social sobre los fines del Estado: cumple deberes sociales además de las policivas.

<sup>12</sup>URUETA Manuel. El fundamento constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado. La Responsabilidad de la Administración Pública. Bogotá: Recopilación Universidad Externado de Colombia, 1986.

Hasta el año 1964, la Corte Suprema de Justicia tenía competencia general para dirimir los conflictos que sobre responsabilidad surgían de los negocios contenciosos a cargo de la Nación. Al Consejo de Estado le correspondía estudiar la responsabilidad del Estado surgida como consecuencia de una declaratoria de nulidad, en virtud a lo dispuesto en la Ley 130 de 1913, primer Código Contencioso Administrativo, y de las reclamaciones de indemnizaciones surgidas por expropiaciones o daños a lo propiedad ocasionados por ordenes de autoridades administrativas, en virtud de la competencia otorgada por la Ley 38 de 1918; tenía así una competencia residual en materia de responsabilidad estatal.

Con la expedición del Decreto Ley 528 de 1964 se modifican las funciones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, otorgándole la competencia en la definición de las controversias sobre responsabilidad del Estado; adquiere así la competencia general para conocer de las controversias sobre la responsabilidad de los entes públicos, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho. Se reconoce entonces, que la responsabilidad de la administración es un problema especial, y como tal debe ser resuelto por una jurisdicción especializada en asuntos administrativos. Se empieza así aplicar a la responsabilidad de las personas públicas un régimen propio de derecho público.

Esta separación de competencias en materia de responsabilidad conllevó una evolución jurisprudencial y legal lenta. Veamos:

Responsabilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia: La Corte Suprema de Justicia durante casi un siglo, declaraba la responsabilidad del Estado cuando las normas expresamente lo indicaran. Solo a partir del siglo XX empieza a desprenderse de la rigidez normativa y extiende los principios generales de responsabilidad del derecho privado a la responsabilidad estatal.

En su desarrollo jurisprudencial se dieron varias etapas, caracterizadas unas por la aplicación de las normas del Código Civil sobre responsabilidad indirecta y otras, por la aplicación de normas sobre responsabilidad directa, así:

**Aplicación de la responsabilidad Indirecta.** Fue la que inicialmente se reconoció respecto de las personas jurídicas, privadas y públicas, aplicando las normas del Código Civil sobre la responsabilidad por el hecho ajeno<sup>13</sup>. Este tipo de responsabilidad tiene fundamento en las nociones de “culpa in eligendo” y “Culpa in vigilando”, en la que la responsabilidad es producida como consecuencia de la errada elección del funcionario o en la falta.

El argumento jurisprudencial se asentaba sobre la afirmación que, tanto en el delito como en el cuasidelito, la causa que debía presumirse para situar la responsabilidad debida buscarse en la “mala elección” o “falta de vigilancia”, mientras no se probase falta de culpa.<sup>14</sup>

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

La Corte Suprema de Justicia trasladó el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado de los campos de la culpa en la elección y vigilancia de los funcionarios a la responsabilidad directa de la administración. El Consejo de Estado recuerda lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia:

---

<sup>13</sup>Artículos 2347 y 2349 del Código Civil “*Toda persona es responsable no solo por sus propias acciones para el efecto de la indemnización del daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado*”

<sup>14</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de negocios generales y de Casación civil. Sentencias de Octubre 20 de 1898, Octubre 22 de 1896, julio 19 de 1916, mayo 12 de 1939. En LOPEZ Morales, Jairo. Op.cit., p. 51.

La existencia del empleado es un hecho ineludible de la administración; y dado el modo en que conforme a los reglamentos legales se hace su nominación, es imposible acusar al Estado de falta de diligencia y cuidado en la designación de sus funcionarios. El empleado no es un mandatario de la administración al modo del subalterno de una persona natural o moral de derecho privado. De consiguiente, para muchos resulta un tanto ficticio o irreal deducir responsabilidad del Estado por vía indirecta, asimilándola a la persona que tuvo libertad para elegir subalterno, por lo cual exige de ella la debida previsión y cuidado en el nombramiento y luego estricta vigilancia sobre la manera como el dependiente cumpla sus funciones<sup>15</sup>.

Aplicación de la responsabilidad directa. Ante la crisis que representó la aplicación de la teoría responsabilidad indirecta, la Corte Suprema de Justicia<sup>16</sup>, por hallar insuficientes los fundamentos de ésta, por la inaplicabilidad de los deberes de escogimiento y control que sobre sus funcionarios tenía el Estado y por la vinculación necesaria entre la estructura orgánica de la persona jurídica y sus agentes, cuya presencia es esencial para su funcionamiento y consecución de sus fines, comienza a considerar la responsabilidad de la persona jurídica Estado, en el sentido de que este y sus agentes constituyen una “Unidad”, de modo tal que la culpa personal del agente compromete a la persona jurídica.

La responsabilidad directa del Estado se adopta por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en dos modalidades: la tesis de la falla del servicio y la Tesis organicista.

La aplicación de la responsabilidad del Estado en la modalidad de Falla del servicio surge como el deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos. En ese funcionamiento inadecuado quedaban incluidas las hipótesis de que el servicio no funciono, funciono mal o funciono en forma tardía.

---

<sup>15</sup>Consejo de Estado. Septiembre 30 de 1960. Cp Dr. Francisco Eladio Gómez. En LOPEZ Morales, Jairo. Op.cit., p 69

<sup>16</sup>Corte Suprema de Justicia. Fallo de junio 30 de 1962.

La culpa del derecho común, sostuvo la Corte, “localizada en un agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada “culpa de la administración.”<sup>17</sup>

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

Las personas físicas y jurídicas obran mediante sus órganos de actuación. Así, en relación con una persona física son órganos propios las manos, los brazos y demás miembros principales de que puede valerse el cerebro para realizar en el mundo exterior sus voliciones.....todo acto realizado por una persona física se imputa a su voluntad, pues ésta quiso la acción y la ejecutó mediante los órganos sobre los cuales se tiene pleno control y dirige a su antojo. Las personas jurídicas obran también mediante órganos. El órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines... por ser parte integrante de sus existencia y constitución, se miran los actos semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica.

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

Viene posteriormente una etapa de transición, periodo en el que se presenta confusión sobre la responsabilidad del Estado, conservándose la tendencia a utilizar la “teoría de la culpa o falla del servicio” para fundamentar la responsabilidad de las personas públicas.

---

<sup>17</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Agosto 12 de 1939.

La aplicación de la teoría de falla del servicio fue parcial; en algunos casos se aplicaba la responsabilidad directa con base en la Teoría organicista y en otros, la responsabilidad directa.

La Corte Suprema de Justicia insistió en aplicar la teoría de la culpa o falla del servicio con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil que consagraba la responsabilidad por el hecho propio. Se aplicaba una teoría propia del derecho público, pero sometida a las normas del derecho privado.

Responsabilidad declarada por el Consejo de Estado a partir del Decreto ley 528 de 1964: como teoría propia, y de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la responsabilidad del Estado en Colombia, básicamente se nutrió del derecho francés. Se conformó inicialmente un sistema compuesto por instituciones de responsabilidad por la falla de servicio y por instituciones de responsabilidad objetiva; sistema sintetizado en el fallo del Consejo de Estado de febrero 20 de 1989 así: “el régimen de derecho común de la responsabilidad administrativa, que se funda en el concepto de falta o falla del servicio público, - el régimen intermedio, se establece la falla o falta es presunta, y -los regimenes objetivos en los que la falla del servicio no entra en juego”.

Es a partir de las normas contenidas en la reforma constitucional de 1936 y del Código Contencioso Administrativo de 1941, que se aplica el principio de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares que tiene como fundamento la satisfacción de los intereses de la colectividad. Se estructuran las nociones de responsabilidad patrimonial de las entidades de Derecho Público, creándose un sistema jurídico regido por normas sustantivas y adjetivas de Derecho Público y sometidas al control de la jurisdicción especial: la Contenciosa Administrativa.

Para el Consejero de Estado Jorge Valencia Arango, la responsabilidad extracontractual del Estado “encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente, en las que conforman el Título Tercero de dicho estatuto, que trata de los “Derechos Civiles y Garantías Sociales, constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la nación como Estado de Derecho...<sup>18</sup>”

En 1947 el Consejo de Estado se pronuncia sobre la Responsabilidad del Estado, y fundamenta su teoría no solo sobre las vías de hecho o abuso de poder, sino también, sobre los perjuicios causados por la operación administrativa, cuya ejecución adolece de falta. Al respecto concretó: “Tanto la víctima del hecho, como de la usurpación del poder, puede demandar ante los tribunales judiciales la reparación del daño que le ha sido causado, y esto, bien en contra del agente, bien en contra de la administración misma..<sup>19</sup>”

En sentencia de septiembre 30 de 1960<sup>20</sup> se refiere a la separación definitiva de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad del Estado y la aplicación de normas del derecho público. Sostiene:

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

La anterior afirmación es sostenida en virtud de la materia especial regulada el derecho administrativo, diferente a la tratada por el derecho civil: las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares y

---

<sup>18</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Octubre 28 de 1976. Cp Dr. Jorge Valencia Arango.

<sup>19</sup>Consejo de Estado. Sentencia citada en LOPEZ Morales, Jairo. Op.cit., p 71.

<sup>20</sup>Consejo de Estado. Sentencia de Septiembre 30 de 1960. Cp Dr. Francisco Eladio Gómez Mejía.

administrados, tiene por objeto la satisfacción de las necesidades de la comunidad y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines.

Funda el Consejo de Estado la teoría de la responsabilidad del Estado en que “todo perjuicio emanado del Estado debe ser reparado ya que constituyen en una violación a la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas”<sup>21</sup>.

Sostuvo en sentencia de mayo 5 de 1978: “Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada... Falta o falla de la administración, trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativa, se hace responsable de los daños causados al administrado”

En la teoría de la Falla del servicio como fundamento de la responsabilidad del Estado, los elementos estructurales son similares en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la Corte Suprema de Justicia. Existen puntos de contacto como, en la sustitución de la culpa individual por la culpa anónima, la presunción de culpa cuando el servicio no funciona, funciona mal o en forma tardía, la necesidad de probar como presupuestos de la responsabilidad la actuación administrativa, el daño y la relación de causalidad y los medios con los que cuenta la administración para exonerarse de culpa.

Se reconoce igualmente la responsabilidad sin falta, que se produce cuando el Estado le causa un daño o perjuicio a un particular por motivos del interés público o con autorización legal, generándose igualmente la obligación de reparar.

### **1.3 FUENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido ampliaciones y restricciones a la responsabilidad de la administración pública, de tal suerte que se

---

<sup>21</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 5 de 1972.

distinguen varias fuentes de responsabilidad. Haremos una breve descripción de cada una de ellas, para posteriormente, ampliar el análisis de la responsabilidad proveniente de la falta de regulación o regulación legítima, punto central de nuestro trabajo.

Veamos:

**Cláusula General de Responsabilidad o responsabilidad por el daño antijurídico.** Se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, y comprende los regímenes de responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual. Sus elementos centrales son el daño antijurídico y la imputación al Estado.

**Régimen de Responsabilidad Subjetiva.** Es la llamada Culpa, Falta o Falla del servicio. Se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado en forma tardía y que como consecuencia sufrió un daño existiendo relación de causalidad entre la falla y el perjuicio. Se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público. Esta teoría tiene como fundamento el hecho de que el Estado en el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes desarrolla actividades peligrosas que implican riesgo para los administrados y que por consiguiente pueden causar daños que deben ser reparados.

Este concepto ha ido modulándose por los fallos que en materia de responsabilidad ha emitido la Corte Constitucional, en el sentido de señalar la existencia de eventos que impliquen un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración. Al respecto sostuvo la Honorable Corte en Sentencia C-333 de 1996: "... sin que medie una conducta contraria a derecho de la administración, puede ocurrir que se incremente el patrimonio de la entidad pública y se empobrezca correlativamente

el del contratista, en virtud de una mayor cantidad de obra que la pactada por razones de interés general<sup>22</sup>

En cuanto a la carga de la prueba y para efectos procesales se han distinguido dos modalidades:

- **Falla probada del servicio:** el actor debe probar cada uno de los elementos o requisitos para probar la responsabilidad del Estado: El hecho, la culpa y la relación o nexo causal. En este campo, la jurisprudencia administrativa ha desarrollado la teoría de la responsabilidad con fundamento en la falla del servicio que su naturaleza puede ser anónima y se presenta eventualmente en desarrollo de la prestación de un servicio público.

- **Falla presunta del servicio.** Su fundamento se dio en consideración de que el Estado para el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes realiza actividades peligrosas que implican riesgos para los administrados siendo susceptibles de causar daños. Si bien la culpa se mantiene como presupuesto necesario de la responsabilidad, la falla del servicio no se debe probar, se presume.

Este régimen se aplicaba inicialmente a los daños ocasionados por actividades peligrosas: transporte, porte de armas, daños a personas retenidas en sitios de reclusión, concriptos, entre otros; pero en Sentencia de junio 30 de 1992<sup>23</sup> la posición del Consejo de Estado varió, aplicando éste régimen únicamente a “los daños ocasionados en la prestación defectuosa de los servicios de salud por parte de los profesionales e instituciones medicas oficiales”. Pasan los daños ocasionados por actividades peligrosas a ser considerados dentro del régimen de Presunción de Responsabilidad.

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. Mp Dr. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Junio 30 de 1992. Cp Dr. Daniel Hernández.

**Régimen de Responsabilidad Objetiva o sin Falla o sin Culpa.** En este tipo de responsabilidad no entra en juego la falla del servicio; lo fundamental es el daño que se ocasiona al administrado y la obligación del Estado a resarcirlos para garantizar la protección de los derechos que con su acción u omisión ha vulnerado.

Las teorías de la responsabilidad administrativa basadas en la culpa, o llamadas teorías subjetivas, fueron insuficientes para aplicarlas a todos los supuestos que se presentaban con el desarrollo social y que exigían la defensa de los derechos de los administrados y la compensación por los agravios cometidos. Fueron así naciendo teorías intermedias, llegando a plantearse el argumento de que la culpa no jugaban papel alguno en la determinación de la responsabilidad, bastando probar para determinar la responsabilidad, el hecho y el perjuicio casual, con la relación causal entre ellos.

Los seguidores de la teoría objetiva de responsabilidad, rechazan la exigencia de la prueba de la culpa como elemento esencial para exigir la reparación del daño. Se hace necesario establecer judicialmente que el Estado creó el riesgo que ocasiono el daño y que por consiguiente debe indemnizarlo.

La teoría del riesgo responde al principio romano de: “Ubi Emolumentum ibi onus” (el que recibe el provecho debe soportar las cargas). El derecho de indemnizar a otra persona del daño que se le ha ocasionado, resulta del hecho de tener la propiedad o el goce de un bien jurídicamente tutelado, sin que al daño preceda la culpa; sin que se haya violado norma de conducta.

La teoría de la responsabilidad objetiva tuvo sus orígenes en el Derecho Natural (Siglo XVIII), época en la que se consagraba que el autor de un daño es responsable, sin tener en cuenta la culpa con que se haya cometido.

La teoría se enuncia así: “El hombre debe responder de sus actos en razón de que cualquier actividad entraña riesgos peligrosos” y responde sin necesidad del elemento culpa. En la responsabilidad objetiva se responde porque se ha obrado.

El sistema de responsabilidad objetiva del Estado se encuentra integrado por los siguientes regímenes o títulos de imputación de responsabilidad:

La Teoría de la Presunción de Responsabilidad:

- Daños ocasionados con cosas o actividades peligrosas
- Daños sufridos por los conscriptos
- Daños sufridos por los reclusos o personas privadas de la libertad
- Daños ocasionados a los pacientes internos en centros asistenciales
- Daños a estudiantes en establecimientos educativos oficiales.

Responsabilidad por riesgo excepcional<sup>24</sup>.

Responsabilidad por trabajos públicos

Responsabilidad por daño especial<sup>25</sup>

Responsabilidad por la expropiación u ocupación de inmuebles en tiempo de guerra

Responsabilidad por el almacenaje de mercancías

Responsabilidad por el acto administrativo ilegal

**Responsabilidad de la Administración de Justicia: se aplica por:**

- Error Judicial
- Privación Injusta de la Libertad

---

<sup>24</sup>**Riesgo Excepcional** Ocurre cuando el Estado al adelantar una obra o prestar un servicio público utiliza mecanismo, recursos, medios o procedimientos que ponen a los particulares o a sus bienes en situación de quedar amenazados por un riesgo excepcional y anormal que sobrepasa las cargas públicas.

<sup>25</sup>**Daño Especial:** Ocurre cuando pese a que la actuación de la administración es plenamente lícita, legal, causa daño o lesiona a los administrados.

- Defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia

**Responsabilidad de la Función Legislativa:** la Responsabilidad del Estado proveniente de los hechos, acciones u omisiones que le sean imputables a la Rama Legislativa del poder público, se enmarca dentro de la responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política.

## 1.4 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL DERECHO COMPARADO

**1.4.1 En el derecho español:** en el derecho español, a lo largo del siglo XIX se empieza a reconocer la responsabilidad del Estado por daños producidos por los ciudadanos, en textos legales muy precisos.<sup>26</sup>

El sistema de responsabilidad de la Administración pública sufrió una evolución muy intensa en un breve periodo de tiempo: apartándose de la aplicación de la responsabilidad establecida en el Código Civil, hace reconocimiento expreso en la Constitución Republicada de 1931, dando rango constitucional al resarcimiento, al establecer la responsabilidad subsidiaria del Estado a quien sirviera el funcionario público que en el ejercicio de sus cargo infringe sus deberes en perjuicio de un tercero<sup>27</sup>. Esta norma sin embargo no tuvo desarrollo legal por la guerra civil, situación que impuso un corte a la evolución que se venia dando a la materia

Como régimen propio, la responsabilidad del Estado se dio a partir de la expedición de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que establecía:

---

<sup>26</sup> Ley 9 de 1842: Que declara la obligación de la Nación de indemnizar los daños materiales causados en el ataque y defensa de las plazas, pueblos, edificios. Ley de Policía de Ferrocarriles: daños causados a las personas por el ferrocarril; Instrucción de Sanidad de 1904. Ley de 31 de diciembre de 1945 sobre indemnización por muertes o incapacidades ocasionadas por el uso de armas por las fuerzas militares o de orden público. En: GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas. Op.cit., p 367

<sup>27</sup>Ibid, p 368.

Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”<sup>28</sup>

Posteriormente, el reglamento de la Ley de expropiación forzosa, corrigió la limitación que en ella se establecía en cuanto a que solo incluída los “bienes y derechos a que se refiera la ley”, y estableció la cobertura general patrimonial de los administrados, así: *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos....*<sup>29</sup>

Sobre esta cláusula General de Responsabilidad, por demás hoy en día existente, se construye todo el sistema español de responsabilidad directa de la Administración, y cuyo desarrollo posterior se dio a nivel de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Veamos su evolución:

En un período anterior, algunas regulaciones casuísticas, contenidas en leyes de derecho común<sup>30</sup> regulaban los supuestos de indemnización personal del funcionario mas no de la responsabilidad directa de la Administración, situación que anulaba las aspiraciones de los administrados lesionados a que se les reparara un perjuicio ocasionado por la administración, si el funcionario no era solvente o no se pudiera individualizar al autor del daño.

---

<sup>28</sup> GARCIA de Enterría Eduardo y FERNANDEZ Tomas. Op. cit., p 369.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p 370

<sup>30</sup> Con fundamento en el Código Civil. Art. 1902 “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Art. 1903 “La obligación que impone el artículo anterior es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

En 1902 se regula la responsabilidad por los actos propios, y la interpretación que se le dio, impidió que las actuaciones administrativas que causaran daños fueran consideradas como imputables a la persona jurídica Administración del Estado; respondía el funcionario público por su propia conducta, pero no se le imputaba responsabilidad a la administración.

Posteriormente en 1903 se reguló la responsabilidad de las conductas ajenas: los padres por los hijos menores, los dueños de un establecimiento o empresa por los daños causados a sus empleados o dependientes, aludiendo entre ellos al Estado, el cual respondía cuando actuara por mediación de un agente especial.

Con la expedición de la Ley Maura del 5 de abril de 1904, se regula la responsabilidad de los empleados públicos; para que prosperara la acción, el funcionario tenía que haber infringido un precepto cuya observancia se le hubiera reclamado por escrito, exigencia que minimizaba la eficacia del sistema.

Es a partir de la expedición de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 que se regula aunque someramente, la responsabilidad patrimonial de la administración pública.<sup>31</sup>, se consolida todo un movimiento legislativo sobre la materia; es así como se expide en 1956 la Ley de lo Contencioso Administrativo que contiene regulación relacionada con la responsabilidad de la Administrativa respecto a la actividad de las empresas públicas y servicios administrativos industriales que se rigen por el derecho privado; en 1957 se promulga la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que introduce los criterios establecidos en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa; régimen que si bien lo establecía la ley, los jueces en raras ocasiones la aplicaban.

---

<sup>31</sup> Ley de Expropiación Forzosa. Artículo 121: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refieren siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos..."

El régimen de responsabilidad de la administración viene a tener su propio desarrollo a partir de la Constitución de 1978. El ordenamiento constitucional es garantista frente a los ciudadanos, de ahí el respeto que se impone a los derechos de los ciudadanos por parte de los poderes públicos y en especial, por la Administración Pública. Se inserta así mismo la responsabilidad de los Poderes Públicos, principio que se consolida al calificar al Estado como de “Social, Democrático y de Derecho”.

En el Capítulo dedicado al Gobierno y a la Administración, la Constitución dedica su artículo 106 a la responsabilidad patrimonial revalidando los criterios y formulas introducidas en la Ley de Expropiación Forzosa, del 16 de diciembre de 1954 estableciendo que: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”*

En los artículos 149 y 122 elude a su vez, a la unidad de solución para todas las Administraciones Públicas y al Estado-Juez: errores judiciales y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

**1.4.1.1 Características del sistema español de responsabilidad:** En materia de responsabilidad de la Administración, el aspecto mas novedoso que introdujo el ordenamiento constitucional, fue el de prescindir de la idea de culpa; se respondía por el daño ocasionado al particular sin detenerse en el grado de intencionalidad del agente que lo ha causado. La responsabilidad basada en criterios subjetivos queda excluida.

En el nuevo sistema, la noción de “lesión” pasa a ocupar un puesto protagónico y decisivo en la configuración de la responsabilidad patrimonial. No cualquier daño

es indemnizado, solo los daños antijurídicos, es decir, los daños que no son normalmente soportables.

La lesión sufrida puede recaer en cualquiera de los bienes y derechos del particular, debiéndose por lo tanto, reparar los daños que afecten cualquiera de ellos. El daño alegado debe ser además, efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

El daño debe ser imputable a la administración: es necesario demostrar una relación de causalidad, es decir, que el daño se derivase de una circunstancia que le sea imputable a la administración.

Es además requisito, que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, concepto tomado en sentido estricto –giro o tráfico administrativo.

Consagra así mismo el ordenamiento constitucional, el supuesto de “fuerza mayor”, casos en los cuales aunque el daño sea imputable a la administración, hay una excepción expresa - ex lege - de que se exima de responsabilidad.

A partir de la consagración expresa en el ordenamiento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la administración, la jurisprudencia amplió los supuestos en los que reconocía responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, mencionándose entre ellos: - la responsabilidad por la mala señalización de juegos en los parques públicos, con cuya utilización se lesiona un niño - responsabilidad por las actuaciones incorrectas en hospitales públicos que causan daños no soportables - responsabilidad por daños sufridos con ocasión de actuaciones policiales, etc.

**1.4.2 En el derecho francés:** En el sistema jurídico francés la responsabilidad de la administración llamada “responsabilidad del poder público” es una creación de la jurisprudencia, esencialmente del Consejo de Estado y del Tribunal de Competencias.

La cobertura general de los ciudadanos frente a la actuación lesiva de los entes públicos, sufrió al igual que en otros ordenamientos jurídicos, una evolución progresiva.

En una primera fase llamada por Moreau<sup>32</sup> “Edad teológica” impera en forma general el principio de irresponsabilidad del Estado, excluyendo la obligación de indemnizar, salvo en casos excepcionales, cuando un texto legal la impone expresamente.

La única garantía que entonces se ofrece a la víctima es la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, responsabilidad exigible a éste en los términos del Code civil ante los tribunales ordinarios.<sup>33</sup>

Posteriormente se empieza a hablar de responsabilidad de la administración, al imponérsele a la responsabilidad imputada al funcionario, la exigencia de requerirse de una autorización administrativa para poder demandar al funcionarios por la vía civil<sup>34</sup>; y es a partir de ésta condición, que se constituye en un obstáculo para lograr la responsabilidad del funcionario administrativo, es que surge la responsabilidad patrimonial directa de la administración, imputándosele los resultados dañosos de las faltas cometidas por sus agentes, cuando estas no

---

<sup>32</sup> En García de Enterría Eduardo, Ramón Fernández, Tomas. Op. Cit., p. 362

<sup>33</sup> Ibíd., p 362

<sup>34</sup> Condición exigida como requisito sine qua non para poder demandar, fue impuesta por la Constitución napoleónica del año VIII (Art. 75) como consecuencia del principio de separación de poderes (entre autoridades administrativas y judiciales). En García de Enterría Eduardo, Ramón Fernández, Tomas. Op. cit.,363.

provengan de faltas personales o en aquellas en que no es posible identificar el autor de la falta.

Empiezan así a darse una serie de matices a la responsabilidad estatal, siendo dos las decisiones que constituyen la base del derecho francés de la responsabilidad administrativa, ambas producidas por el Tribunal de Competencias en 1873.

Una de ellas, el Fallo Blanco, que consagra por primera vez el principio de responsabilidad del Estado sometido a un régimen jurídico especial, flexible y variable, según el servicio, diferenciándola de la responsabilidad del Código Civil, y bajo la competencia para su conocimiento de la jurisdicción administrativa, siendo su jurisprudencia la que definiría a partir de ese momento los límites de esa responsabilidad.

Es en el Fallo Blanco, expone García de Enterría:

...en el que por primera vez se afirmó con grandes cautelas el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración sobre bases autónomas (la cual no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular...). Desde ese momento no ha dejado de perfeccionarse extendiéndose a todo tipo de servicios.<sup>35</sup>

Otra, es la sentencia Pelletier de julio 30 de 1873 que estableció que las acciones dirigidas contra los funcionarios solo se pueden fundamentar en un “hecho personal” (culpa personal) y solo son aceptables cuando esos servidores obren en el ejercicio de sus funciones y se trate de un “caso de servicio”.

El derecho francés de la responsabilidad de la administración se encontraba sujeto a las características que aun hoy posee: - es un derecho esencialmente

---

<sup>35</sup>Ibid. p. 363.

jurisprudencial que no se deriva de ningún texto de naturaleza constitucional o legal; - es un derecho ligado a la noción de servicio público; - es un régimen autónomo de responsabilidad que pretende ser diferente al régimen del Código Civil.

Desde un principio, la doctrina del Consejo Estado buscó unir la responsabilidad del Estado a la noción del servicio público (cuando el servicio público no ha funcionado, funcionado mal o en forma tardía).

El derecho de responsabilidad administrativa en Francia ha sido desde sus orígenes un derecho pretoriano, pese a lo cual el legislador ha intervenido en la materia, existiendo hoy varios sistemas legislativos de responsabilidad, limitándose en principio la ley a consagrar las soluciones dadas por la jurisprudencia, sin que se haya dado un cambio verdadero<sup>36</sup>. En algunos casos se han presentado excepciones legislativas al derecho jurisprudencial, como la ley del 5 de abril de 1937 sobre la responsabilidad de los miembros de la Enseñanza y ley 31 de diciembre de 1957 sobre la responsabilidad del hecho en los accidentes de circulación causados por vehículos de la administración.

La responsabilidad de la administración en Francia se aplica a todos los servicios públicos por su mal funcionamiento al comprometer la responsabilidad de las personas administrativas (ningún servicio público es irresponsable por naturaleza).

Dicha responsabilidad se volvió general, en la medida en que cualquiera sea el acto jurídico, sus consecuencias perjudiciales pueden ser, dentro de ciertas condiciones, indemnizadas. Sin embargo, si bien es general, no es absoluta, ya que se encuentra subordinada a ciertas condiciones que la víctima debe establecer si quiere obtener la reparación del perjuicio sufrido.

---

<sup>36</sup>Ley 16 de junio de 1966 sobre los accidentes causados en retiro de minas; leyes de 1 de junio de 1964 y 26 de mayo de 1975 sobre los accidentes resultantes de las vacunaciones obligatorias. En García de Enterría y Ramón Fernández, Tomas, Op. cit. p. 365.

**1.4.2.1 El Hecho perjudicial:** En el derecho administrativo francés existen dos sistemas de responsabilidad: la responsabilidad sobre la base de la culpa del servicio y la responsabilidad sin culpa, distinguiéndose ambas desde el punto de vista del hecho perjudicial. Veamos:

Responsabilidad por la culpa del servicio: Se entiende por culpa o falla del servicio un funcionamiento defectuoso de la administración; la administración no ha suministrado a los administrados las prestaciones que tenían derecho a esperar de ella. El hecho perjudicial es el “disfuncionamiento” de la administración.

La culpa en el servicio reviste diferentes formas: si en el origen del perjuicio cuya reparación reclaman el perjudicado se da una ilegalidad, un exceso de poder, la falla del servicio se analiza según un error jurídico cometido por el administrador. Otras veces sin constituir una ilegalidad, la culpa puede significar un incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato, un compromiso o una promesa, información inexacta, etc.

En contraposición a este primer tipo, encontramos la Impericia, que se constituye en los errores materiales imputables a los agentes del Estado (policía, error médico).

Entre estos dos extremos, se encuentran culpas que son el producto de un funcionamiento burocrático (controles inútiles, retardos, negligencias).

Responsabilidad sin culpa: En un primero momento se dio la responsabilidad por el peligro excepcional creado por la administración por el riesgo que implicaban ciertas actividades. Esta teoría se aplicó desde finales del siglo XIX en provecho de los propios agentes de la administración.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup>Consejo de Estado Francés. Sentencia de 21 de junio de 1895.

Posteriormente, se extiende la misma teoría a los “métodos peligrosos” utilizados por la Administración y que crean un “riesgo especial para terceros”.

En todos los casos la teoría la desarrolla el Consejo de Estado bajo el criterio de que el daño causado es previsible, porque los métodos empleados comportan grandes riesgos. Ninguna culpa es imputable al servicio, pero si sobreviene un accidente este debe ser reparado.

En este sentido el contencioso administrativo, desarrolló la teoría sobre diferentes criterios:

- Aplicando la teoría de los “daños provenientes de obras públicas”, cuando por ejemplo, una obra pública causa por su funcionamiento o existencia, daños permanentes a las propiedades vecinas, perjuicios que deben ser indemnizados sin que las víctimas – terceros – tengan que probar una culpa a cargo de la colectividad pública responsable de la obra.
- Refractario a la idea del peligro excepcional. No se habla de riesgo creado por la administración y sin embargo los perjuicios sufridos por los colaboradores por el hecho de su colaboración en una misión de servicios públicas son indemnizables sin que las víctimas tengan que probar su culpa.<sup>38</sup>
- Otro contencioso de aplicación de la responsabilidad sin culpa, se da en “aplicación de las decisiones administrativas” tomadas por las autoridades de policía en su fuero discrecional y que causa un perjuicio cierto a un administrado.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup>Consejo de Estado 22 de noviembre de 1946, Comuna de Saint-Priest-le; 1º de julio de 1977 Comuna de Coggia: perjuicios sufridos por un artillero en retiro al que el Alcalde solicita encargarse de los juegos pirotécnicos el día de la Fiesta Nacional; socorrista contrastado por la administración que se ahoga después de haber intentado traer a la playa a bañistas imprudentes. En García de Enterría y Ramón Fernández, Tomas, Op. cit., p 366

<sup>39</sup>Consejo de Estado 7 de mayo de 1971, Ministerio de Economía y Finanzas de la ciudad de Burdeos. En García de Enterría y Ramón Fernández, Tomas, Op. cit., p 366.

Los estudiosos del derecho trataron de unir estos tres contenciosos, encontrando entre ellos un fundamento único cual es, la violación de un principio general del derecho: “la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas”.

**1.4.2.2 Principales regímenes de responsabilidad:** La doctrina francesa ante la aplicación de la teoría del hecho perjudicial que era un poco abstracto, desarrolla los regímenes de responsabilidad que hacen mas concreta su aplicación, toda vez que exige condiciones que debe cumplir la víctima para obtener la reparación del daño.

Se exigen dos condiciones comunes en los regímenes de responsabilidad: 1) la existencia de un perjuicio y 2) la existencia de un nexo de causalidad. Veamos:

**Régimen de responsabilidad con base en la culpa del servicio.** La culpa como condición de la responsabilidad de la administración, es un hecho que marca la diferencia entre la responsabilidad del derecho privado y la responsabilidad del poder público.

Para el derecho civil “cualquier hecho humano que cause a otro un daño obliga al responsable a repararlo<sup>40</sup>.”

En el derecho administrativo francés, se consagra el principio de la graduación de culpas: no toda culpa de servicios compromete la responsabilidad de la administración; el nivel de culpa exigible varía de acuerdo a los servicios y actividades considerados. Se consideraron dos niveles de culpa: la culpa simple y la culpa grave.

La culpa grave de la administración se restringe a las actividades de la administración consideradas como difíciles, por ejemplo, la responsabilidad de los

---

<sup>40</sup> Código Civil. Art. 1383.

servicios penitenciarios, las actividades de policía administrativa, de los servicios fiscales o de la actividad médica o quirúrgica en los hospitales públicos<sup>41</sup>. En estos casos le correspondía a la víctima probar la culpa de servicios, demostrar el funcionamiento defectuoso del servicio que le ha causado un daño.

Posteriormente se dieron algunos casos en los que se aplicaba la “presunción de culpa”, como en los daños ocasionados a los usuarios en virtud de las obras publicas, como por ejemplo por el hecho de la caída de árbol, por responsabilidad hospitalaria, en la que le correspondía al funcionario probar que había actuado como “un buen padre de familia”, es decir, establecer que no había cometido culpa. Es entonces al Magistrado a quien le correspondía determinar el grado de culpa exigida en cada caso específico.

**Régimen de responsabilidad sin culpa.** En este evento, el régimen de responsabilidad se refiere al perjuicio y no al hecho perjudicial, siendo por lo tanto, favorable a las víctimas. Se exigía para que el daño fuera reparado, que el perjuicio sufrido fuera anormal y especial.

La anormalidad del perjuicio, referido a que la vida en comunidad implica inconvenientes, y si estos inconvenientes traspasan cierto nivel, dan derecho a su reparación. La anormalidad del daño era definido por la víctima, por la importancia del daño que se le ocasionaba. Esta teoría la empieza a aplicar el Consejo de Estado francés frente a los perjuicios sufridos por la realización de obras públicas y operaciones públicas que implicaran molestias en detrimento de los propietarios y arrendatarios de bienes.

En relación con la especialidad del daño, se refiere al grupo de personas susceptible de reclamar, dada la facilidad de identificarlas. Se aplica cuando se

---

<sup>41</sup>Consejo de Estado: Fallos del 6 de mayo de 1978, 27 de julio de 1984, 26 de junio de 1959. En García de Enterría y Ramón Fernández, Tomas, Op. cit., p 370.

causa daño grupo de personas determinadas que resultan afectadas con su expedición.

Podemos como conclusión, respecto a la responsabilidad del poder público en el derecho francés, afirmar que:

- En el sistema jurídico francés el objetivo de las reglas de responsabilidad de la administración pública es la de reparar los perjuicios causados e indemnizar los daños ocasionados por la acción de personas administrativas. Es una función netamente patrimonial, económica.
- La teoría de la responsabilidad en Francia ha sido flexible, ha evolucionado, en especial en lo relacionado a reconocer responsabilidad con base en la culpa y responsabilidad sin culpa, lo cual llevó a que sin duda se lograra para las víctimas una verdadera reparación frente a los daños ocasionados por la administración

## 2. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD

En este capítulo nos acercaremos al tratamiento dado por los ordenamientos constitucionales a la responsabilidad de la administración.

Veremos cuales fueron los fundamentos consagrados en el ordenamiento constitucional de 1886 que le sirvieron de fundamento al Consejo de Estado colombiano para el desarrollo de la teoría de responsabilidad planteada.

Haremos especial énfasis en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que consagra la “Cláusula General de Responsabilidad”, y en sus dos elementos centrales: el daño antijurídico y su imputación al Estado; elementos que analizaremos en detalle a través de las posiciones tomadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

### 2.1 DESARROLLO CONSTITUCIONAL

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico de un Estado; norma que obliga y vincula a todos, ciudadanos, órganos de poder, gobernados y gobernantes.

**2.1.1 Constitución Nacional de 1886:** Si bien bajo el imperio de la Constitución de 1886, se consideraba que el Estado administrador respondía tanto por el incumplimiento de sus contratos como por los hechos que generaran perjuicios a terceros por fuera de un contrato, no existía una norma general que impusiera al Estado la obligación de reparar los perjuicios que causara por medio de sus agentes.

Cuando el Consejo de Estado asume la competencia para conocer las demandas de responsabilidad de la administración en virtud de la Ley 167 de 1941, empieza a separarse de las teorías de responsabilidad contenidas en el derecho privado, y consolida su jurisprudencia con fundamento en los artículos 2º, 16º y 30 de la Constitución de 1886 que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título.<sup>42</sup>

El artículo 16 de la Constitución Nacional establecía: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”<sup>43</sup>; éste artículo, fue el fundamento y eje de la responsabilidad extracontractual tomado por el Consejo de Estado para diseñar toda la teoría sobre la materia.

Desarrolla el Alto Tribunal la teoría de la imputación de la responsabilidad, a través de la noción de Falla del servicio, que adquiere un papel relevante para justificar y delimitar la responsabilidad. Considera que:

Es primer deber del Estado, procurar la realización del bien común, propósito consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos. Si como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio, o de su no funcionamiento o del tardío funcionamiento del mismo se causa lesión o daño, el Estado es responsable, y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. La responsabilidad se origina en último término en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines, en otras palabras, a la realización del bien común.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup>Consejo de Estado. Sentencias de Julio 29 de 1947, septiembre 10 de 1960, 24 de junio de 1965, 17 de noviembre de 1967, 22 de mayo de 1976, 28 de octubre de 1976.

<sup>43</sup>Acto Legislativo Nº 1 de agosto 5 de 1936. En: Restrepo Piedrahita Carlos. Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1995, p 439.

<sup>44</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 28 de Abril de 1967. Mp. Dr. Carlos Portocarrro Mutis. Anales del Consejo de Estado. Tomo LXXII Nº 413-414.

Hasta la expedición de la Constitución de 1991, no existía una disposición constitucional que contemplara en forma expresa la obligación reparatoria del Estado; ésta era de creación eminentemente jurisprudencial

**2.1.2 Constitución Política de 1991:** La Constitución Política de 1991 introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano por primer vez, el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Para la Corte Constitucional:

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

*Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo - ya que ordena al Estado a responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos d actuación de las autoridades públicas<sup>45</sup>*

La responsabilidad patrimonial del Estado, tiene un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, el cual se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento constitucional en los artículos 2, que señala la obligación del Estado de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra y bienes; en el artículo 58 que garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a la ley, y en el artículo 90 que es el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado y que consagra además, la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado.

---

<sup>45</sup>Sentencia C-333 de 1996.

La actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, en el artículo 90, al señalar: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.<sup>46</sup>

Este canon constitucional se constituye en el tronco fundamental de toda la responsabilidad patrimonial del Estado, tratándose de la responsabilidad contractual o extracontractual, siendo el primer ordenamiento jurídico que de manera general hace responsable al Estado.

El nuevo régimen de responsabilidad consagrado en el ordenamiento constitucional cambia el ámbito de dicha responsabilidad, en el sentido de que deja de ser solo responsabilidad proveniente de la falla del servicio de la administración y encuentra su fundamento en la noción de daño antijurídico. El fundamento de la responsabilidad pasa a ser la calificación del daño que ella causa y no la calificación de la conducta de la administración.

Sostiene la Corte Constitucional que:

El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991.<sup>47</sup>

El artículo 90 de nuestro ordenamiento constitucional tiene dos partes: una en la que se establece la responsabilidad patrimonial del Estado y otra, que trata de la responsabilidad civil de los servidores públicos a través de la acción de repetición que tiene su desarrollo legal a través de la Ley 628 de 2002.

---

<sup>46</sup>Constitución Política de Colombia. Legis.

<sup>47</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2002. MP Dr. Jaime Córdoba Treviño.

## 2.2 ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD

El régimen de responsabilidad consagrado en la Constitución establece dos elementos centrales:

- El daño antijurídico
- su imputación al Estado

**2.2.1 El Daño Antijurídico:** este concepto proviene del derecho español. En la doctrina española ésta noción se apoya sobre el concepto “lesión”, que equivale al perjuicio antijurídico, considerado como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar.

El artículo 16 de la Constitución Española consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos: *“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”*<sup>48</sup>

Para la doctrina española quedan incluidos en la formula anterior:

...tanto los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, sino también los daños producidos por una actividad lícita (funcionamiento normal de los servicios públicos)... Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilícito o culpa, su fundamento se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que., se ha producido una lesión patrimonial.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>49</sup>GARCÍA DE ENTERRIA, Op. cit., p. 370.

Para el profesor García de Enterría<sup>50</sup>, la noción de Lesión o Perjuicio Antijurídico es de naturaleza objetiva, ya que simplemente supone observar si el patrimonio lesionado tiene o no el deber jurídico de soportar el daño. Para saber si se debe soportar dicho daño, el intérprete debe buscar causas que justifiquen su producción- ley o causas exonerativas - y en caso de no encontrarlas, el daño seguirá siendo antijurídico.

Considera el tratadista, que para que exista lesión se requiere, que el detrimento patrimonial sea antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino, simplemente porque el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.

El Consejo de Estado en Colombia se apoyó en la tesis expuesta por la Doctrina Española, desechando la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad.

Define el daño antijurídico como: "La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar. ... se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo.

Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.<sup>51</sup>

Es característica actual de la jurisprudencia, que se prescinda de los conceptos de licitud, ilicitud, culpa o dolo o cualquier otro elemento subjetivo; la

---

<sup>50</sup>Ibid. p. 175. En: HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Artículo "Presentación General de la responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 2003.

<sup>51</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente 8163. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

responsabilidad administrativa tiene su razón de ser en la lesión que los particulares sufran en sus derechos.

La postura acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado consagra que:

La fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable. De tal manera que la responsabilidad del Estado reposa en la calificación del daño que se causa y no en la calificación de la conducta de la administración.<sup>52</sup>

A partir del artículo 90 del ordenamiento constitucional, la responsabilidad no se genera siempre por una conducta dolosa o culposa que debe ser sancionada, sino por el quebrantamiento patrimonial que se debe reparar. La atención se desplazó desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima. La finalidad de la responsabilidad es básicamente el hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular.

Para el profesor Juan Carlos Henao<sup>53</sup>, del estudio histórico realizado al actual texto del artículo 90 se concluye:

1. El daño antijurídico se convirtió en el fundamento del deber reparatorio del Estado. Para efectos de la declaratoria de responsabilidad se exigió el fundamento (daño antijurídico) y la imputación al Estado (atribución del deber jurídico de indemnizarlo). 2. El daño antijurídico se definió como aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. 3. Se desplaza el “centro de gravedad” de la responsabilidad” hacia una noción de tinte objetivo, como es la de daño antijurídico. 4. La noción de daño antijurídico hace pensar la extensión de la responsabilidad del Estado a los tres poderes que componen, y no solo al Ejecutivo. Es decir, bien se puede concebir la responsabilidad del Estado Legislador y del Judicial.

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>53</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial. 1864-1990. Universidad Externado de Colombia. 1991. p. 771.

Si bien este elemento se encuentra consagrado en el ordenamiento constitucional de 1991 en forma expresa, con anterioridad a su consagración la jurisprudencia del Consejo de Estado lo había tratado al sostener que:

La responsabilidad extracontractual puede resultar del incumplimiento de obligaciones puramente legales contraídas por el hecho unilateral y voluntario del deudor o nacidas del cuasi contrato, y finalmente, del incumplimiento de la obligación o deber general que tiene todo miembro de la comunidad de no causar injustamente daño a los demás, es decir, de no incurrir en delito o cuasidelito... el hecho ilícito no es simplemente el que esta en desacuerdo con un mandato expreso de la ley que le impone una obligación a un sujeto y concede un derecho correlativo a otro, sino todo aquello que contradiga el principio general implícito de no causar mal a nadie.”<sup>54</sup>

El juez administrativo se ha desligado de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad de la administración, pero sin descartarla, simplemente, ha ampliado su ámbito de aplicación.

Es así como, continúan aplicándose todos los regímenes de responsabilidad, vigentes antes de la expedición de la Constitución de 1991, de tal manera que la noción de “daño antijurídico” no excluyó ninguno de los regímenes de responsabilidad existentes, teniendo plena vigencia la falla del servicio, la teoría del riesgo, el daño especial y otros.

A partir de la consagración de la “Cláusula General de Responsabilidad” en el artículo 90 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha delimitado los dos elementos centrales de dicha responsabilidad, esto es, la noción de daño antijurídico y la imputación al Estado.

En la sentencia C-333 de 1996<sup>55</sup> en la que se demandaba la inconstitucionalidad del artículo 50 (parcial) de la ley 80 de 1993, luego de un amplio análisis respecto

---

<sup>54</sup>Consejo de Estado. Sentencia del 19 de junio de 1989. Magistrado ponente Dr. De Greiff R Gustavo, Exp. 4678. Anales del Consejo de Estado Tomo XCIX. En Hernán Guillermo Aldana Duque en “Responsabilidad contractual o extracontractual” Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>55</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 de agosto 1 de 1996. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero.

a la propuesta – tomada de la doctrina española - que inspiró a nuestros constitucionalistas al consagrar en el artículo 90 de la Constitución Política, se definió el daño antijurídico como “aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

Considera que el daño antijurídico es *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar por lo cual se reputa indemnizable”*<sup>56</sup>.

Es entonces el fundamento de la responsabilidad del Estado la calificación del daño que causa la conducta de la administración, y no la calificación de la conducta, noción que sobre la cual giraba el fundamento de la responsabilidad estatal.

Para la Corte, el daño antijurídico como fundamento del deber de reparación por parte del Estado, “armoniza con los principios y valores del Estado Social del Derecho, dado que al ente estatal le corresponde la salvaguarda de los derechos de los administrados frente a la administración”.<sup>57</sup>

En Sentencia C-832 de 2001 al respecto sostuvo:

El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: el principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Corte Constitucional. *Ibid.*

<sup>57</sup> Este nuevo fundamento de la responsabilidad estatal, radicado en la noción de daño antijurídico, ha sido considerado como acorde con los valores y principios que fundamentan la noción de Estado Social de Derecho, especialmente con la especial salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que este modelo de Estado propende; también con la efectividad del principio de solidaridad y del de igualdad de todos ante las cargas públicas. Sentencia C-333 de 1996. *Ibid.*

<sup>58</sup> C.C Sentencia C-832 de 2001. MP Dr Rodrigo Escobar Gil.

La responsabilidad patrimonial de la administración se presenta como un mecanismo que protege los administrados frente a la actividad de la administración pública:

...el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización.

La posibilidad señalada en nuestro ordenamiento constitucional de indemnizar a los administrados por el daño antijurídico que se le ocasiona, "armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado.<sup>59</sup>

Así en reiterados pronunciamientos ha sostenido que el artículo 90 de la Constitución de 1991 modificó el panorama de la responsabilidad estatal, en primer lugar porque la reguló expresamente, cosa que hasta entonces no se había hecho en normas de este rango, y además porque dicho artículo 90 amplió el ámbito de tal responsabilidad, circunscrita hasta entonces a la noción de falla en el servicio, que encontró ahora su fundamento en la noción de daño antijurídico<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> CC Sentencia C-333-96, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

<sup>60</sup> Corte Constitucional sentencias C-381 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y C-285 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Adicionalmente pueden consultarse las sentencias T-468-92, C-543-92, C-058-93, C-04-96, C-037-96, C-333-96, C-358-96, C-274-98, C-088-00, C-430-00, C-100-01, C-832-01, C-840-01, C-892-01 y C-1149-01 de esta Corporación y en las Sentencias de 22 de noviembre de 1991, 26 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1993, 13 de julio de 1993, 8 de mayo de 1995, 21 de junio de 1995 y 29 de marzo de 1996 del Consejo de Estado.

En Sentencia C-043 de 2004, reiteró:

*De manera tal que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”<sup>61</sup>, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la “calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa” (subrayas en el original)<sup>62</sup>.*

No todo el daño que provenga de la acción u omisión de la administración, debe ser reparado, se requiere que este sea injustificado, que no se tenga la obligación de soportar. El daño debe además, tener vínculo causal con la actividad del ente público.

Para la Corte Constitucional:

El nuevo fundamento de la responsabilidad Estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración.<sup>63</sup>

En relación con el daño, la Doctrina no solo lo considera como el elemento sine qua non de la responsabilidad estatal, sino que ha precisado los elementos necesarios para que se pueda generar la obligación estatal de resarcirlo, siendo éstos:

---

<sup>61</sup> Sentencia C-533 de 1996.

<sup>62</sup> Sentencia C-043 de 2004. En la misma decisión sostuvo: “No se trata de saber si hubo o no una **falla** en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un “**daño antijurídico**”, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar” (negrillas fuera del texto original).

<sup>63</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996, M.P Alejandro Martínez Caballero.

- 1) Que exista el daño.
- 2) Que sea atribuible al Estado
- 3) Que sea antijurídico.

**2.2.2 La imputación al Estado:** es el segundo elemento, en cuanto se pueda imputar a una acción u omisión de una autoridad pública. Debe por lo tanto, existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

Para que surja la responsabilidad, se hace necesario que la lesión sea imputada, es decir, jurídicamente atribuida a un sujeto distinto de la propia víctima.

Para la Doctrina Española la imputación *“es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado el deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre ese y aquel”*<sup>64</sup>.

Para que la imputación tenga lugar y con ella pueda nacer la responsabilidad, sostiene el profesor García de Enterría, debe existir prueba de la existencia de un nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido.

El Consejo de Estado ha sostenido respecto a éste segundo elemento, que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”*.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup>GARCÍA DE ENTERRIA, Op. cit., p 379.

<sup>65</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993. Cp Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.

Ha sostenido que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño es necesario, que además de constatar su antijuridicidad, hacer un juicio de imputabilidad que permita encontrar un título jurídico distinto de la mera causalidad material: la imputatio y la imputatio facti. En providencia del 13 de julio de 1993, el Consejo de Estado señaló:

No basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la 'imputatio juris' además de la imputatio facti."<sup>66</sup>

La Corte Constitucional ha retirado ha reiterado la posición tomada por el Consejo Estado, que se resume en los siguientes criterios:

Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial con cargo al estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico u la imputación del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extramatrimonial que la víctima no esta en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos (Art. 28, ley 80 de 1993) en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación mas frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte...<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup>Ibid.

<sup>67</sup> Consejo de Estado Sentencia de mayo 8 de 1995. CP Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

### 3. RESPONSABILIDAD POR FALTA DE REGULACIÓN O REGULACIÓN LEGÍTIMA

Nos corresponde en este capítulo analizar la responsabilidad del Estado-Legislator y del Estado-Regulador. Para ello, haremos un recorrido desde su evolución hasta su desarrollo actual, en la que los aportes de las altas Cortes han sido muy limitados. Se estudiarán los aportes que de esta figura han hecho la doctrina y jurisprudencia francesa y española, evidenciando si su posición nos sirve de fundamento para lograr un mayor desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico. Analizaremos el título de imputación jurídica exigible en este tipo de responsabilidad y el mecanismo jurídico idóneo para reclamar los perjuicios cuando ello proceda. Por último y como aporte personal a ésta teoría, propondré alternativas para su desarrollo y real aplicación en nuestro ordenamiento.

Los órganos del Estado en su función de legislativa y reguladora, deben ajustarse a los marcos trazados por el ordenamiento constitucional, “norma de normas”, “ley de leyes”, debiendo observar los procedimientos previstos, de tal manera que si se expiden en forma irregular y causan daño, deben indemnizar a quien resulte perjudicado.

Igual responsabilidad tendrían los órganos del Estado que omiten su función legisladora o reguladora o que pese a expedir en forma regular y en armonía con el ordenamiento superior los actos, causan daño a los administrados; debiendo ser indemnizados en virtud del desconocimiento del principio de *“igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas”*.

Partiendo del Estado Social de Derecho, principio de nuestro ordenamiento constitucional, los fines del Estado y la protección que las autoridades de la

República se encuentran obligadas a brindar en la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia y demás principios constitucionales, no es concebible la existencia ni expedición de una ley o de un acto que pueda ocasionar perjuicios a los administrados.

### **3.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - LEGISLADOR**

La responsabilidad de indemnizar los daños causados por la actividad del Estado, solamente se predicaba de las lesiones patrimoniales imputables a la administración pública, esto es, a la rama ejecutiva del poder público; muy lentamente la doctrina empieza a admitir responsabilidad del Estado de reparar los daños causados por los hechos u omisiones que le fueran imputados a las otras ramas del poder público: la judicial y la legislativa.

Inicialmente en todos los ordenamientos jurídicos, la irresponsabilidad del Estado por los daños causados por el legislador se admitía como un dogma; la ley era la manifestación más lata de la soberanía del Estado; la norma jurídica se encontraba al margen de toda crítica<sup>68</sup>.

Con fundamento en el Principio de “Soberanía Parlamentaria”, el Parlamento como órgano depositario de la soberanía, no ocasionada con sus decisiones daños que implicaren una reparación. Los súbditos se encontraban obligados soportar los daños ocasionados por las leyes, y no se concebía que dichos daños fueran antijurídicos, ya que provenían del órgano que encarnaba la soberanía del Estado: el Parlamento.

Es la doctrina la que empieza a desarrollar el tema de la responsabilidad del Estado – Legislador, excluyéndose en un primer momento para su imputación el elemento falta, fundamentándose la responsabilidad en el riesgo o la igualdad

---

<sup>68</sup> VEDEL, Op.Cit. p. 340.

ante las cargas públicas y siempre y cuando la ley dispusiera en su texto la obligación de reparar el daño generado por la aplicación de la misma ley. Al respecto afirma Vedel: *“Le corresponde al propio legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; solo podrá, pues, concederse reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador”*<sup>69</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley de la República, se concibe como norma primordial; como *“norma de Derecho, emanada del Estado de forma escrita y con un procedimiento solemne”*<sup>70</sup>. La titularidad normativa originaria, condicionada solo por la Constitución Política, la tiene el Congreso de la República.

La ley señala normas de conducta social que son obligatorias, generales y permanentes, y es a través de ellas que se establecen las reglas y los principios básicos que deben regir las funciones estatales.

Las leyes deben producirse acorde a las disposiciones constitucionales, porque de lo contrario se tornarían contrarias al ordenamiento superior e implicaría su nulidad para garantizar el imperio de la legalidad. Si en la aplicación de las normas o leyes, se causan daños a los administrados, éste se encuentra en la obligación de responder.

En nuestro ordenamiento, con fundamento en los artículos 90 y 113 de la Constitución Política, es posible imputar responsabilidad patrimonial por los hechos, acciones u omisiones del Estado – legislador: ordinario: Congreso y Extraordinario: Presidente de la República, como órganos que forman parte del Estado y en tal

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 341.

<sup>70</sup> Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

medida deben responder por los daños antijurídicos que les sean imputables. Sin embargo, sigue siendo una expectativa su desarrollo por la jurisprudencial.

En nuestro ordenamiento, la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones del poder Legislativo, se encuentra contemplada en el artículo 90 del ordenamiento constitucional, pero sigue siendo una expectativa su desarrollo por la jurisprudencial.

Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional, que el no reconocer responsabilidad al Estado-Legislador sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional: Solidaridad, Igualdad, Justicia Material, Supremacía de la Constitución.<sup>71</sup>

Para el Máximo Tribunal, la Constitución establece algunos supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la Expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio, o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos<sup>72</sup>.

Sin embargo, si bien reconoce que la responsabilidad del Estado-Legislador tiene sustento en el artículo 90 del ordenamiento constitucional, sostiene que, le corresponde al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso administrativa como juez especializado en la materia,

---

<sup>71</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>72</sup> Constitución Política. Art. 58 "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores....() Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el Legislador, podrá haber expropiación mandante sentencia judicial e indemnización previa..."  
Artículo 336. ( ) La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.  
Artículo 365. ( ) .. Si por razones de soberanía o de interés social, el estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, quedan privadas del ejercicio de una actividad lícita".

determinar el régimen particular de responsabilidad del Estado - Legislador o señalar los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República.<sup>73</sup>

Se ha presentado un vacío en la materia, toda vez que se ha pretendido que el control de constitucionalidad que hace la Corte Constitucional al acto emanado del Congreso de la República, sea el requisito para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, sin que exista conexión directa entre ambas instituciones, esto es, entre la imputación de responsabilidad y el control de constitucionalidad, toda vez que no toda declaratoria de inconstitucionalidad de una ley implica reconocer responsabilidad del Legislador, ni la declaratoria de responsabilidad implica la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

Sobre la materia sostuvo la Corte:

*El control de constitucionalidad no es un requisito sine qua non para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.<sup>74</sup>*

### **3.1.1 Responsabilidad del Estado - Legislador en el Derecho comparado:**

España y Francia tienen un destacado desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad del Estado – legislador.

En un principio, la ausencia del control de constitucionalidad de la leyes, imposibilitaba el someterlas a revisión jurisdiccional, con lo cual se pudiera deducir la eventual falta o culpa del legislador, y por consiguiente la falla del

---

<sup>73</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>74</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. Ibíd.

servicio, requisito exigido para imputar responsabilidad a la Administración Pública<sup>75</sup>.

Cuando se generaliza en los ordenamientos jurídicos el control de constitucionalidad de las leyes y la expedición de normas particulares que afectaban a un grupo determinado de administrados, quiebra la inmunidad del Legislador en materia de responsabilidad y empieza a reconocerse dicha responsabilidad a través de la Jurisprudencia.

**En Francia:** independiente del control de constitucionalidad de las leyes, se empieza a dar a nivel de la jurisprudencia, un reconocimiento a la responsabilidad del Estado-Legislator con fundamento en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas publicas.

Son referentes de la responsabilidad del Estado-Legislator los fallos de La Fleurette de 14 de enero de 1938, *Caucheteux et Desmont* de 21 de enero de 1944 y, Bovero de 23 de enero de 1963<sup>76</sup>.

García de Enterría<sup>77</sup>, considera que la regulación primigenia data de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que se aplicó por primera vez como norma jurídica en 1973, con ocasión de la reforma de la ley de Asociaciones.

---

<sup>75</sup>GARCIA ALONSO, María Cionsuloe. La Responsabilidad patrimonial del Estado –Legislador’. En: Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>76</sup> El fallo de La Fleurette de 14 de enero de 1938: se demandó una ley de 1934 que había prohibido la fabricación y venta de cualquier crema sustitutiva de la leche lo que obligó al cierre de la empresa accionante. En este evento, el Consejo de Estado francés encontró que el hecho de que la indemnización no estuviera consagrada en la ley acusada, no podía ser un obstáculo para que los perjuicios ocasionados al demandante fueran resarcidos.

El fallo Caucheteux et Desmont de 21 de enero de 1944 se estudió una ley que prohibía la utilización de glucosa en lugar de cereales en la producción de cerveza.

El Fallo Bovero de 23 de enero de 1963 sobre locales arrendados a militares de la guerra de Argelia, el máximo Tribunal puntualizó en los sujetos del daño la omisión legislativa dejó de ser un obstáculo, y la no inclusión de indemnización por el legislador debía interpretarse favorablemente al demandante.

<sup>77</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. cit., p. 379.

El legislador por el hecho de las leyes nos sitúa en un campo limitado, pues, en principio se podría pensar que dicha responsabilidad no es para leyes de carácter general, impersonal, abstractas o dirigidas a una comunidad indeterminada en número, sino aquellas que generan un daño como consecuencia del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, daño en el cual los sujetos afectados pueden ser identificados.

Para el derecho francés, son fundamentos de responsabilidad del Estado legislador: que la norma sea arbitraria o discriminatoria vulnerando el principio de igualdad, o cuando impone al asociado un sacrificio anormal que no está en la obligación de soportar.

La doctrina se refirió al tema de la responsabilidad del Estado-Legislador, en especial el profesor Marienhoff quien sostuvo: *“Si una ley causa un perjuicio "general" -y no meramente particular-, y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, garantía o derecho constitucional, dicha ley debe declararse inconstitucional o debe admitirse la responsabilidad del Estado por el perjuicio o daño que a raíz de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados.”*<sup>78</sup>

**En España:** el derecho español, por su parte, tomó inicialmente como fundamento de la responsabilidad del Estado-Legislador la violación al principio de “confianza legítima”<sup>79</sup>, y solo posteriormente se reconoció la responsabilidad por causa de leyes inconstitucionales, bajo el argumento de que el poder legislativo no es soberano, encontrándose los administrados protegidos por las arbitrariedades que cause el poder público.

---

<sup>78</sup>MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires 1987. En: PENAGOS Gustavo. El Daño Antijurídico. Bogotá: Doctrina y Ley, 1997.

<sup>79</sup> Sentencias en las que se ventila la acción de estímulo realizada por el Ejecutivo en orden a hacer sugestivas inversiones como causa originaria de perjuicios: Fallos proferidos en el caso Pescanova, Pevsa y Alvamar. En Corte Constitucional Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Advierten García de Enterría y Fernández, que la imputación de responsabilidad a la administración por el hecho de las leyes, es reciente, y tuvo lugar con la expedición de la ley 30 de 1984, cuya inconstitucionalidad fue demanda ante el Tribunal Supremo, en la que sostuvo respecto a la responsabilidad que: “Es un hecho que el Tribunal Supremo se apoya en esa declaración para proclamar con énfasis que leyes perfectamente válidas pueden dar lugar a una ‘responsabilidad del Estado por los actos del legislador’”.<sup>80</sup>

Concibe el profesor García de Enterría tres supuestos de responsabilidad del Estado legislador: a) que la ley prevea la indemnización; b) que la ley no previendo la indemnización, no la excluya radicalmente; c) que la ley excluya la posibilidad de indemnización expresamente.

Para el profesor Garrido Falla: “*La doctrina de la responsabilidad del Estado-Legislator encuentra su fundamento en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar*”.<sup>81</sup>

La teoría moderna de la responsabilidad del Estado-Legislator en España, deviene de la vulneración de la Constitución, que por ser norma suprema, vincula al Legislador en su actuación. Así, el artículo 121 del ordenamiento superior de 1978, regula la responsabilidad del Estado-juez, y el artículo 106.2 la del Estado-administrador, no existiendo regulación específica con respecto al Estado-legislador ya que para la doctrina, el legislador debe ajustarse en sus prescripciones a los mandatos constitucionales, toda vez que el poder legislativo no es soberano ni omnipotente y por lo tanto, los ciudadanos deben estar

---

<sup>80</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. Cit. p. 371.

<sup>81</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado-Legislator. Estudio publicado en la revista de Derecho Administrativo, Tomo I Buenos Aires. Ediciones Desalma. 1990.p 14 a 19. En: PENAGOS, Gustavo. El Daño Antijurídico. Op cit.

protegidos de la arbitrariedad del poder público. El deber de indemnizar tiene como requisito previo la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley generadora de perjuicios.

En cuanto a la responsabilidad por omisión legislativa, dispone la doctrina<sup>82</sup>, que ésta se limita a los mandatos constitucionales que señalan expresamente la obligación de regulación por parte del legislador. Esta posición es problemática, toda vez que si la Constitución deja al arbitrio del legislador la regulación de un canon constitucional, sin señalarle termino para hacerlo, se dificulta deducir responsabilidad por omisión legislativa, responsabilidad que solo se podría configurar si la demora del legislador genera perjuicios a los administrados.

**3.1.2 Responsabilidad del Estado- Legislador en la Jurisprudencia colombiana:** la responsabilidad del Estado-Legislador en Colombia ha tenido un desarrollo eminentemente jurisprudencial, y son contados los pronunciamientos sobre la materia.

**Consejo de Estado:** el primer pronunciamiento se dio sobre el tema fue en la Sentencia del 25 de agosto de 1998<sup>83</sup>, en la que se refirió a los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 6 de 1972 (aprobatoria de la Convención de Viena) y en la que precisó, que la responsabilidad del Estado-Legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño, es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio, y en el que el daño fuera imputable al Estado.

---

<sup>82</sup>RUIZ HORJUELA, Wilson. La responsabilidad del Estado Legislador. Artículo publicado en la Revista Cavilar, Revista Electrónica de difusión científica. Universidad Sergio Arboleda, diciembre de 2005.

<sup>83</sup>Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 25 de 1998. MP Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros: Demanda contra el Congreso de la República-representada por el Ministerio del Interior- por lo perjuicios causados por la muerte de un ciudadano colombiano luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano, debido a que la inmunidad diplomática tenía origen en la Convención de Viena, aprobada por ley de la República.

Afirmó el Alto Tribunal en la providencia referida:

Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría 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 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 relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público.

Concluye el pronunciamiento afirmando que, el título de imputación jurídica sobre el cual se soporta la responsabilidad del Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas publicas, ocasionado por la actividad legítima de las autoridades estatales.

Posteriormente, en Sentencia de septiembre 26 de 2002<sup>84</sup> se pronuncia sobre los efectos patrimoniales de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, y que en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, pudiera extender hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexecutable y reconocer los perjuicios causados por la norma durante el tiempo que estuvo vigente. En este caso, no prosperan las pretensiones del actor por no ser procedente la excepción de inconstitucionalidad, ya que se presume que la sentencia tiene efectos hacia el futuro, en aplicación de la regla establecida por la Corte Constitucional según la cual, sus fallos tienen efectos ex nunc.

**Corte Constitucional:** si bien no es la instancia a través de la cual se logre la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad o inactividad del Legislador, se ha pronunciado al respecto haciendo uso de la Técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones, permitiendo el reconocimiento de

---

<sup>84</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 26 de septiembre de 2002. CP Dr. Alier Hernández Enríquez. Demanda interpuesta por el Municipio de Prado contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reclamando las sumas dejadas de transferir por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la Nación; excedentes financieros que por declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 168 de 1994 habían pasado al rubro de ingresos corrientes de la Nación y debían ser distribuidos a las entidades territoriales.

perjuicios causados por leyes inconstitucionales, dándole eficacia retroactiva a sus sentencias.

La modulación de los efectos de la sentencia de constitucionalidad es una consecuencia de la función que tiene la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

El juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una determinación, ya que su deber es pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, para lo cual puede modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales.<sup>85</sup>

La necesidad de modular las sentencias, ha dicho la Corte, “resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional y de la dinámica misma del control judicial de la constitucionalidad de las leyes”<sup>86</sup>. A través de ésta técnica, la Corte Constitucional puede en la misma sentencia, señalar sus efectos.

Y para tal fin la Corte ha planteado la siguiente metodología:

Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup>Alejandro Martínez Caballero. Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana. Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento, T 1 N° 8 Bogotá. En: CEPEDA Manuel José y otros. Directores de Proyecto. Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases Críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia. 2007 Colombia, p 529.

<sup>86</sup>Corte Constitucional Sentencia C-619 de 2003. MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>87</sup>Corte Constitucional. Sentencias C-055 de 1996, C-619 de 2003.

De los fallos referidos y sobre el tema de la responsabilidad del Estado, se evidencia que éste se predica, cuando se dan los presupuestos constitucionales y legales respecto de las acciones u omisiones que le sean imputables a cualquier ente público sin distinción del órgano al cual pertenece.

No hay obstáculo como lo sostiene el profesor Wilson Ruiz Horjuela<sup>88</sup>, “que para que en aplicación del Estado Social de Derecho, se haga una revisión, de las previsiones constitucionales y legales enunciadas, para que la jurisprudencia, como adalid de la aplicación del instituto resarcitorio contenido en el artículo 90 superior, de luz a esta nueva modalidad de responsabilidad del Estado colombiano, que con amplio desarrollo no solo en el campo judicial sino doctrinal, ya es un hecho en ordenamientos jurídicos extranjeros.

### **3.2 OMISIÓN LEGISLATIVA**

Tanto la responsabilidad proveniente de la actividad desplegada por el Legislador, como la surgida por omisión legislativa, que se presenta por ausencia (absoluta o relativa) de la actividad legislativa o silencio del legislador, han tenido limitado desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

La vulneración de las normas constitucionales se puede dar por la inactividad de los poderes públicos, producida por la omisión en la expedición de actos políticos, actos administrativos o en la no emisión de decisiones judiciales. Igual vulneración de la Constitución la traería la inercia legislativa, que en muchos casos conlleva la no reglamentación de principios constitucionales. La falta de realización de sus principios desconoce el principio de supremacía constitucional.

---

<sup>88</sup>RUIZ HORJUELA, Op. Cit.

La Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico de un país, tiene dentro de sus funciones el transformar a la sociedad<sup>89</sup>; función cuya eficacia exige una actuación activa de los poderes constitutivos, siendo por demás, una labor creativa del legislador.

El ordenamiento constitucional señala preceptos que requieren desarrollo legislativo posterior; desarrollo en el que el legislador actúa con libertad dentro del marco constitucional. Las normas constitucionales le señalan una concreta obligación al legislador: el desarrollo posterior de los postulados, esto es, cumplir el destino de la Constitución: ser cumplida y aplicada.

El Legislador entonces, no tiene libertad en determinar su actuar o no actuar frente al desarrollo legal; su libertad se da dentro de la razonabilidad de determinar el momento de intervenir, salvo en los casos en los que la norma superior señala concretamente el momento de legislar.

La inactividad legislativa da cabida a una responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados. Los derechos de los ciudadanos pueden verse perjudicados por la actividad y inactividad del Estado en cualquiera de sus campos, de ahí que los ordenamientos jurídicos deben tener previsto mecanismos que garanticen la cobertura del perjuicio causado al individuo.

Se ha considerado la omisión legislativa por los estudiosos del derecho como “La falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup>COTARELO, Ramón Del Estado de Bienestar al Estado de Malestar. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1990. p 76

<sup>90</sup>FERNANDEZ Rodríguez, José Julio. La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso Español. España: Civitas. P. 81.

Hace énfasis el concepto anterior, en la “Falta de desarrollo” entendiéndose como tal, la ausencia de legislación o la existencia de una legislación pero parcial; es un no actuar que conlleva consecuencias jurídicas: la inconstitucionalidad.

En todo Estado Democrático de Derecho, existe una clara definición de funciones entre las ramas del Poder Público, correspondiéndole al Congreso “hacer las leyes”<sup>91</sup>. En el Estado democrático, el órgano Legislativo dentro del reparto de funciones de los poderes legalmente instituidos, tiene legitimidad para llevar a cabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales.

Para la Corte Constitucional:

Las normas constitucionales no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de su valor normativo y fines inspiradores del ordenamiento constitucional. Los fines esenciales del Estado (artículo 2° CP) imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente...<sup>92</sup>

Así mismo, entiende por omisión legislativa “todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución: dichas omisiones, entonces, se identifican con la *“no acción” o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el constituyente... en consecuencia, existe omisión legislativa cuando el Legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente*”.<sup>93</sup>

Se diferencia en este campo, la omisión absoluta y la relativa (omisión total o parcial). La omisión absoluta se refiere a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional y la relativa se refiere a la vulneración del principio de

---

<sup>91</sup>Constitución Política de Colombia. Art. 14: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la administración”.

<sup>92</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-188 de 1996.

<sup>93</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1996.

igualdad. La falta de desarrollo imposibilita a los ciudadanos cumplir con el precepto constitucional por carencia de regulación. Igualmente puede presentar la omisión.

En las omisiones absolutas, el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva frente a un postulado que para su aplicación requiere ser desarrollado; o que habiendo regulado sobre la materia, ignora en su desarrollo igualar a los grupos regulados en la norma superior existente, desconociendo así el principio de igualdad.

Igualmente podemos mencionar de omisiones legislativas que vulneran derechos fundamentales y aquellas que no los vulneran, siendo las primeras más trascendente en la medida en que los derechos fundamentales tienen en el derecho constitucional mayor peso.

**3.2.1 Posición jurisprudencial en Colombia:** si bien la Corte Constitucional ha aceptado la omisión legislativa, bajo el argumento de que<sup>94</sup>: “la Constitución puede ser vulnerada tanto por medio de la acción del Legislador como por vía de omisión legislativa, esto es, cuando el legislador estaba obligado a realizar una determinada acción – regulación – y no lo hace”, se ha declarado incompetente para pronunciarse frente a la nulidad absoluta; si lo ha hecho en contadas ocasiones y con algunos limitantes, respecto a la omisión relativa.

Explica la Corte Constitucional su incompetencia para pronunciarse bajo los siguientes argumentos: *“No toda omisión del legislador puede abrir paso al control de constitucionalidad; la omisión legislativa absoluta no puede ser objeto de control de constitucionalidad, por cuanto consiste en una ausencia completa de*

---

<sup>94</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1004 de 2007. MP Humberto Antonio Sierra Porto: Demanda de la ley 1123 de 2007 “Estatuto del Abogado” por incurrirse en omisión relativa al no incluir a los docentes de colegios oficiales en la excepción que habilitaría –como lo hizo a favor de los docentes de universidades oficiales- para ejercer la profesión de abogacía sin incurrir en falta disciplinaria.

*regulación, y en tal sentido, no existe norma que pueda ser cotejada con el texto constitucional”.*

En otro de sus pronunciamientos sostuvo<sup>95</sup>: *“No son entonces de competencia de la Corte Constitucional las omisiones absolutas, que consisten en la falta total de regulación normativa de algún aspecto. Ello ocurre porque la ausencia íntegra de normatividad no puede ser cotejada con el texto constitucional”.*

Son los argumentos que le sirven de fundamento a la Corte para declararse incompetente:

1. No es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control. 2. Es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto legal y no simplemente deducido por el acto o implícito. 3. La declaración de inexecuibilidad total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el texto acusado y lo que manda la Constitución.<sup>96</sup>

Acepta y se ha pronunciado en relación a la omisión legislativa relativa, sobre la cual se ha declarado competente, y admite que procede el control de constitucionalidad siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

a. Exista una disposición constitucional que contemple de manera expresa el deber de expedir una norma que la desarrolle. b. El legislador reglo de modo parcial la materia pero excluye algunos supuestos sin mediar motivo razonable. c. La omisión del legislador discrimina entre los sujetos o situaciones que fueron excluidos. d. El Legislador regula una determinada materia o crea una institución específica y al hacerlo omite un ingrediente que de acuerdo a la Constitución sería exigencia esencial para armonizar con ella.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-509 de 2004. Mp Dr. Eduardo Montenegro Lynett.

<sup>96</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-038 de 2006 Mp Dr Humberto Antonio Sierra. Porto; C-504 de 1995 Mp José Gregorio Hernández Galindo; C-146 de 1998 Mp Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>97</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 1172 de 2004. Mp Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Se considera la Corte competente para conocer las omisiones legislativas relativas, por cuanto “éstas tienen efectos jurídicos que pueden “presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores”<sup>98</sup>.

En sentencia C- 1549 de 2000 sostuvo:

Tales omisiones se configuran en aquellos casos en los cuales el legislador ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad. (ii) El cargo de omisión legislativa relativa debe dirigirse contra un contenido normativo específico, de suerte que resultan inadmisibles las acusaciones que se dirigen a derivar la omisión no de lo prescrito en una norma, sino en un sistema o conjunto de normas.<sup>99</sup>

Para la Corte Constitucional, la omisión relativa se vuelve censurable, si se predica de un elemento que por razones constitucionales, debería estar incluido en el ordenamiento jurídico, de tal manera que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace contrario a la carta. De lo anterior, deduce que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional<sup>100</sup>.

Para que proceda la demanda de inconstitucionalidad respecto a la omisión legislativa, ha sostenido la Corte que:

....quien alega la inconstitucionalidad de una norma, por existencia de una omisión legislativa relativa, tiene la carga de demostrar (i) que existe norma constitucional expresa que contemple el deber de expedir la norma que la

---

<sup>98</sup>Corte Constitucional. Sentencia C- 509 de 2004. MP. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-690 de 1996 MP: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-543 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz. Sentencias C-146 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa, y C-1255 de 2001 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>99</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-1549 de 2000. MP Dra. Maria Victoria SÁCHICA Méndez; C-427 de 2000 MP Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>100</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-509 de 2004. MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

desarrolle; (ii) que el Legislador omitió tal obligación, sin que mediara motivo razonable a pesar de que reguló parcialmente la misma materia; (iii) que la conducta omisiva propicia una desigualdad de trato injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma.<sup>101</sup>

Para efecto de subsanar las omisiones legislativas relativas constitucionales, la Corte Constitucional ha utilizado las siguientes dos tipos de sentencias: las sentencias integradoras<sup>102</sup> y las interpretativas o condicionadas<sup>103</sup>. Con estos pronunciamientos, la Corte considera que evita los vacíos en el ordenamiento jurídico y conserva la labor del Legislador al mantener el precepto impugnado vigente, pero garantizando la supremacía de la Constitución.

### **3.3 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - REGULADOR**

Colombia acogiendo a los cambios de modelo llevados a cabo en otros Estados a partir del siglo XX, y en desarrollo del principio consagrado en la Constitución Política de 1991 de “Estado Social de Derecho” presenta un cambio en las funciones a cumplir: pasa de ser un modelo Benefactor a tener un modelo Regulador, vigilante y controlador de las acciones del mismo Estado y de los particulares encargados de prestar servicios a la Comunidad.

El Estado entonces empieza a desarrollar un modelo estable de regulación y control de la actividad administrativa; función reguladora que se ha desarrollado especialmente en el campo económico y en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

---

<sup>101</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-1236 de 2005. MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>102</sup>OLANO García, Hernán Alejandro. Artículo: Topología de nuestras sentencias constitucionales. En [www.iaveriana.edu.co](http://www.iaveriana.edu.co). Agosto 18 de 2004. Son Sentencias integradoras aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera constitucional. En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional.

<sup>103</sup>Corte Constitucional C- Sentencias C-038 de 2006 Mp Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Con las Sentencias interpretativas o condicionadas, la Corte excluye la interpretación o interpretaciones que no se encuentran conforme a la Constitución. Ellas se fundamentan en dos principios: el de la interpretación de la ley conforme a la Constitución y el principio de la conservación del derecho.

La función reguladora impuesta, busca encontrar y mantener el equilibrio entre los diferentes intereses, protegiéndose así el interés general de conformidad con los principios del Estado Colombiano y lograr el bienestar, el equilibrio social y la garantía la prestación de los servicios a todos los sectores de la población.

De ahí que las decisiones administrativas, deben ir encaminadas a proteger al usuario y garantizar la adecuada y oportuna prestación de los servicios públicos; si con ellas se causan efectos dañosos a los administrados, se considera como fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado los actos administrativos que en ejercicio de dicha función se expidan a que re que producen efectos dañosos a los administrados.

**3.3.1 Acto Administrativo legal generador de daño:** acogiendo la definición que trae el profesor Dromí<sup>104</sup>, el acto administrativo es considerado como “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa”. El acto administrativo es una de las formas de actividad de la administración pública, como lo consagra el artículo 83 del CCA.

En Colombia para el tratadista Berrocal Guerrero, atendiendo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la doctrina colombiana, y el criterio funcional<sup>105</sup> el Acto Administrativo, es *“Toda declaración unilateral proferida en ejercicio de la función administrativa o que, a falta de esa función, el Constituyente o el legislador ha asignado su control a la jurisdicción contenciosa administrativa, que produce*

---

<sup>104</sup>DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004. 10° Edición Actualizada. p. 355

<sup>105</sup>Según el criterio funcional, se identifica como Acto Administrativo “cualquier manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos, que se dicte en ejercicio de la función administrativa, por cualquier órgano del Estado e, incluso, por los particulares”: Brewer Carías Alan “Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina” Universidad del Rosario Legis. 2003. p. 185. En: BERROCAL Guerrero Luís Enrique “Manual del Acto Administrativo”. 5° Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009. p. 42.

*efectos jurídicos directos o definitivos, generales o particulares, sobre un determinado asunto”*.<sup>106</sup>

El Acto Administrativo es un medio del Estado para realizar sus fines (señalados en el artículo 2° de la CP), es un medio de gestión administrativa por excelencia, y del cual requiere el Estado para hacer efectivos sus actos jurídicos.

Ahora bien, el acto administrativo conlleva unos caracteres jurídicos esenciales o atributos que le son propios: la legitimidad, la ejecutoriedad, la ejecutividad, la estabilidad y la impugnabilidad.

La legitimidad de un acto administrativo implica la presunción de validez del mismo, hasta tanto no se declare su nulidad por autoridad competente. Implica como lo dice Dromi<sup>107</sup> una presunción de regularidad o del acto, llamada también validez, juridicidad o legitimidad.

La presunción de legalidad supone que el acto administrativo fue expedido conforme a derecho, en armonía con el ordenamiento jurídico<sup>108</sup>. Dicha presunción es el presupuesto necesario para que la administración entre a ejecutar el acto, ya que al presumirse legítimo tiene obligatoriedad y exigibilidad.

Para el Consejo de Estado<sup>109</sup>, el principio de legalidad de un acto administrativo “es la base de la actividad de la administración y de él fluye la presunción, garantía o prerrogativa según la cual las autoridades proceden conforme a la ley, o mas exactamente obedeciendo al orden jurídicos aplicativo en cuanto atañe a la

---

<sup>106</sup>BERROCAL, Op. Cit. p. 62.

<sup>107</sup>DORMÍ, Op.cit., p. 379.

<sup>108</sup>Conformidad con la Constitución Política como norma de normas, con las normas sustanciales (legales y reglamentarias)

<sup>109</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 4 de septiembre de 1,994. CP Dr. Alvaro Lecompte Luna.

esencia del acto administrativo como expresión unilateral de voluntad de la administración”.

La ejecutoriedad del acto es la “fuerza ejecutoria”, esto es, el privilegio que nace del acto administrativo en firme para que la autoridad que lo expida lo pueda ejecutar de inmediato, de inmediato y sin ninguna formalidad adicional lo haga cumplir. Para el Consejo de Estado<sup>110</sup>, la fuerza ejecutoria de los actos administrativos “es la capacidad de que goza la administración para hacer cumplir por si misma sus propios actos, es decir, que tal cumplimiento no depende de la intervención de autoridad distinta a la de la misma administración”.

La ejecutividad del acto administrativo en firme, es la aptitud para legitimar o servir de fundamento de las acciones y actividades coercitivas necesarias para su cumplimiento, por parte de las autoridades que lo expiden y por los administrados a quienes va dirigido.

La estabilidad consiste en la limitación que tienen las autoridades administrativas para variar un acto administrativo en perjuicio del titular del derecho que allí se constituye, o revocarlos una vez se encuentre en firme.

Por último, la Impugnabilidad del acto administrativo conlleva la posibilidad de controvertir (cuestionar su validez) ante la misma administración ante la misma administración o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sostiene el Consejo de Estado que: *“Los actos administrativos, como expresión de la voluntad de la Administración Pública con la finalidad de producir efectos*

---

<sup>110</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Diciembre 5 de 1995. CP Dra. Miren de La Lombana de Magyaroff.

*jurídicos, deben basarse en el principio de legalidad, el cual se constituye en un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico.”<sup>111</sup>*

El acto administrativo no bien encontrarse ajustado a derecho, en armonía con el ordenamiento jurídico al cual se encuentra sujeto, si con su aplicación causa daño, se genera responsabilidad a cargo de la administración pública. Para la doctrina “la obligación de reparar el daño causado comprende tanto al derivado de los actos ilícitos como de los lícitos”.<sup>112</sup>

En el derecho comparado, encontramos al igual que en la responsabilidad proveniente de la omisión legislativa, desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Francia y España en relación con la responsabilidad proveniente de un acto administrativo legal que causa daño.

Para la Doctrina francesa, una decisión de la administración legal, no implica la presencia de una falla del servicio, y sin embargo puede comprometer la responsabilidad del Estado como consecuencia del daño causado, por el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas

Para Vedel “si el acto administrativo es legal, vulnera el principio de igualdad ante las cargas públicas o implica la concreción de un riesgo en detrimento de los derechos de los administrados, se aplica la teoría de la responsabilidad sin falta”.<sup>113</sup>

En diferentes pronunciamientos, el Consejo de Estado francés ha señalado: “*La responsabilidad del poder público se puede comprometer, aun sin falta, sobre el*

---

<sup>111</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006. C. p. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>112</sup>MOSSET, Iturraspe. “Responsabilidad por daños” Tomo I parte general. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni. En: Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Abril 27 de 2006. MP Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>113</sup>VEDEL, Op cit.

*fundamento del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas en el caso que un acto administrativo legalmente emitido tiene por efecto producir detrimento de una persona física o moral un daño especial y de una cierta gravedad.”<sup>114</sup>*

La doctrina española admite la procedencia de indemnizar los daños patrimoniales causados por actos administrativos. Se trate de un acto válido o inválido siempre que el particular no tenga el deber de soportar el daño, tiene derecho a una indemnización.<sup>115</sup>

Colombia, tiene un desarrollo importante de la responsabilidad proveniente de los actos administrativos ilegales.

En 1938, se excluía la responsabilidad proveniente de un acto administrativo legal, manifestando que *“Muchos actos administrativos ocasionan desde el punto de vista material evidentes perjuicios a personas de derecho público o privado, pero ellos no pueden considerarse dentro de la técnica jurídica como tales”<sup>116</sup>.*

En posteriores pronunciamientos se admitió la responsabilidad, de tal suerte que para la reparación de perjuicios derivados de un acto administrativo legal, solo se puede obtener a título de restablecimiento derivado de la anulación del acto administrativo que causó el perjuicio; no ha sido procedente la acción de reparación directa frente al acto ilícito<sup>117</sup>. En dicha providencia sostuvo: *“Constituirá un contrasentido reparar los perjuicios pretendidos con fundamento en una supuesta omisión de la administración y a la vez mantener la legalidad y*

---

<sup>114</sup> Sentencia del Consejo de estado francés de 29 de junio de 1962 Société Manufacture des Machines du Aut.-Rhin. En: Consejo de Estado en sentencia de abril 27 de 2006 CP Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>115</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”. Madrid: Civitas, 1996. En: Consejo de Estado. Sentencia de abril 27 de 2006 CP Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>116</sup> Consejo de estado, Sentencia de 7 de abril de 1938. CP Dr. Carlos Lozano y Lozano.

<sup>117</sup> Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias de julio 13 de 2000, CP Dr. Jesús María Carrillo.

*obligatoriedad del acto; argumentando que el daño deviene de un hecho dañoso imputable a la administración, cuando la realidad muestra la existencia de un acto administrativo que no ha sido controvertido y como se dijo goza de presunción de legalidad”.*

En sentencia del 16 de julio de 1981 el Consejo de Estado se refiere al tema en estos términos: “el acto administrativo ilegal es fuente de la indemnización frente a los daños causados, con fundamento en la simple ilegalidad, no en la falta del servicio y para obtener la reparación, debía demandarse la nulidad del acto con el fin de destruir la presunción de legalidad que ampara dicho acto”<sup>118</sup>.

Aun en el año 2006, el Consejo de Estado sostenía que la reparación de perjuicios derivados de un acto administrativo, sólo se podía obtener a título de restablecimiento derivado de la anulación del acto; no era procedente la acción de reparación directa frente al acto ilícito.

Posteriormente se acogió la posición de declarar la responsabilidad proveniente de los actos administrativos legales, sin que implique para lograr el restablecimiento la declaratoria de nulidad del acto, argumento se ha mantenido en Consejo de Estado hasta hoy, reparación que se logra a través de la acción de reparación directa y no del contencioso de anulación.

Para la jurisprudencia contenciosa, si la administración actúa conforme a la ley, esto es, en ejercicio de sus competencias y obra dentro del marco de las disposiciones legales, pero excede las cargas públicas que normalmente deben soportar los administrados y - entraña el rompimiento de la *“equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del*

---

<sup>118</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Julio 16 de 1981. CP Dr. Jorge Dangond.

Estado”<sup>119</sup> y compromete así la responsabilidad patrimonial de la administración pública, debe reparar los perjuicios cometidos. Sostuvo que:

Lo que significa que el eventual daño tuvo como consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero que, pese a esa legitimidad, el demandante habría soportado una carga excepcional o un sacrificio mayor que rompió la igualdad frente a las cargas públicas, cuyo resarcimiento es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa.

Es perfectamente posible que de decisiones proferidas por la administración con apego a la Constitución y a la Ley, se deriven perjuicios para los administrados, los cuales constituyen un daño especial resarcible mediante la acción de reparación directa.<sup>120</sup>

Las condiciones que se requieren cumplir para que se le pueda imputar responsabilidad al Estado son: 1. que se trae de un acto administrativo legal, esto es, que se trate de una actuación legítima de la administración; 2. que se acredite que la carga impuesta al administrado sea anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas o violación de la justicia distributiva).<sup>121</sup>

### **3.4 TÍTULO DE IMPUTACIÓN JURÍDICA**

En relación con la responsabilidad del Estado-Legislator y del Estado-Regulador, el título de imputación jurídica lo constituye el “rompimiento del equilibrio de las cargas publicas” ocasionado por la actividad legitima de las autoridades del Estado (Legislador-Administrador) que causa daño antijurídico a los administrados, quienes no están en el deber de soportar, ya que la carga pública que siendo colectiva, recae sobre una sola persona.

Ha sostenido el Consejo de Estado:

---

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 30 de septiembre de 1949, Cp. Pedro Gómez Parra. Auto de 19 de febrero de 2004. Cp German Rodríguez Villamizar.

<sup>121</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de marzo de 2007. Cp Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P."<sup>122</sup>

De ahí que el Estado se encuentra en la obligación de reparar los daños ocasionados a las personas que resultan perjudicadas en virtud de la aplicación del artículo 13 de la Constitución Política que consagra el principio de la igualdad ante la ley.

### **3.5 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD: DAÑO ESPECIAL**

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, además de consagrarse como vimos, la Cláusula General de Responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución Política, la jurisprudencia y la Doctrina mantienen vigentes los regimenes de responsabilidad objetiva y subjetiva, además del régimen de responsabilidad proveniente del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia y de la función legislativa.

En la teoría del daño especial, se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de la legalidad, causa con su actuación un perjuicio especial y anormal a un administrado; un daño que excede los sacrificios normales que deben soportar con la actuación estatal.

---

<sup>122</sup> Consejo de Estado. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 25 de agosto de 1998.

Se destacan en este sentido los aportes hechos por el Consejo de Estado en el desarrollo de la teoría del daño especial, al afirmar que aún siendo la actividad del estado absolutamente legítima, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo se conoce como responsabilidad sin falta, como así lo sostuvo el doctor Jorge Valencia Arango, en su famosos fallo sobre responsabilidad extracontractual del Estado:

Tal tipo de responsabilidad excluye, la derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio o de la administración y con mayor razón la derivada de las vías de hecho. Responde el Estado a pesar de la legalidad total de sus actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas publicas, o la equidad que debe reinar entre los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.<sup>123</sup>

En el régimen de responsabilidad objetiva, o llamada Responsabilidad sin culpa, la falla del servicio no cuenta, toda vez que lo esencial es el daño que se ocasiona al administrado y que el Estado esta en la obligación de resarcir a fin de garantizar los derechos vulnerados.

En el régimen de responsabilidad objetiva, sus elementos subjetivos: culpa y falla no se cuentan para configurar la responsabilidad del Estado, siendo solamente el daño (especial) y el nexo causal los dos elementos que soportan la responsabilidad.

Uno de los regímenes objetivos que mas desarrollo jurisprudencial ha tenido es el de la Responsabilidad por el daño especial. Entraremos a evidenciar como es aplicable el régimen del Daño Especial cuando el Estado pese a su actuar legal, ajustado a derecho, causa daño a los administrados debiendo indemnizar los daños sufridos.

---

<sup>123</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Octubre 28 de 1976. Cp Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 1482, Actor: Banco Bananero del Magdalena.

Inicialmente, el Consejo de Estado señaló que la responsabilidad proveniente de la actuación legal de la administración no se admitía en el régimen de responsabilidad por daño especial. Se plantea en la Sentencia:

Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de la actuación, de manera excepcional y por equidad cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y de las actuaciones del Estado, rompiéndose la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas o a la equidad<sup>124</sup>.

Posteriormente la jurisprudencia del Consejo desarrolló la responsabilidad por daño Especial con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas de los administrados. Ya en el año 1976 con sentencia de octubre 28 de 1976 con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango, el Consejo venía exponiendo la teoría bajo los siguientes supuestos:

Responde el estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.<sup>125</sup>

La jurisprudencia define el daño especial como “aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva,<sup>126</sup> en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados

---

<sup>124</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 28 de octubre de 1976. *Ibíd.*

<sup>125</sup> En: BUSTAMANTE Ledesma Alvaro. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer. 2003.

<sup>126</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 23 de mayo de 1973, Exp. 978, Actor: Vitalia Duarte Vda. de Pinilla, C.P. Alonso Castilla Saiz.

en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas<sup>127</sup>.

Para la doctrina los requisitos tipificados de la responsabilidad por daño especial son: -que se desarrolle una actividad legítima de la administración; -que la actividad tenga como consecuencia el menoscabo del derecho; -que dicho menoscabo produzca el rompimiento del principio de la igualdad de las personas frente a la Ley y a las cargas públicas; -que exista un nexo causal entre la actividad legítima del Estado y el daño causado, y -que el caso no pueda ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Cuando se indemniza por un daño especial, no se hace reproche por la conducta desplegada por la administración, siendo por el contrario, el hecho causante del daño totalmente legítimo, enmarcado dentro de la legalidad, realizada en función del servicio público y el interés general.

El daño especial tiene su estructura sobre el rompimiento del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

El Consejo de Estado<sup>128</sup> ha declarado la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales, cuando se demuestra que estas han causado un desequilibrio frente a las cargas públicas, en relación a la situación en que se encuentran los demás ciudadanos. En estos casos, el desequilibrio que se materializa en un daño especial, lo constituye el fundamento de la obligación de indemnizar a cargo del Estado.

---

<sup>127</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 1989, exp. 4655, C.P. Antonio José de Irisarri."

<sup>128</sup> Consejo de Estado. Sentencia Sala Plena de agosto 25 de 1998. Sentencia Sección Tercera del 26 de septiembre de 2002. Cp Dr. Alier E Hernández Enríquez.

### **3.6 ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA: MECANISMO PARA RECLAMAR PERJUICIOS POR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR Y ESTADO-REGULADOR**

Debemos distinguir si el perjuicio producido por el Estado-Legislator y por el Estado-Regulador proviene de un acto, de un hecho, una omisión, una operación administrativa o de un acto administrativo unilateral o de un contrato, para determinar la acción procedente.

El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo<sup>129</sup>, consagra la acción de reparación directa, en los siguientes términos: *“la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. (...)”*

La acción prevista en el artículo 86 del CCA procede cuando la violación de los derechos del actor es causado por hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupación de inmuebles por trabajos públicos o por cualquier otra causa, actuaciones que son desplegadas por las persona o entidad que en ejercicio de la función administrativa, de la función judicial o del hecho de las leyes.

Cuando los perjuicios provengan de una decisión administrativa irregular, la acción procedente para lograr el restablecimiento de los derechos que el actor considera vulnerados es la de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del CCA.

El llamado contencioso de anulación es el medio que de que disponen los administrados contra todo acto unilateral de la administración con miras a lograr el mantenimiento de la legalidad, y el de restablecimiento es el medio para obtener,

---

<sup>129</sup>Código Contencioso Administrativo..Bogotá: Leyer, 2009.

como consecuencia de la nulidad del acto administrativo, el resarcimiento de un derecho subjetivo amparado por una norma jurídica.

El artículo 85 del Código Contencioso Administrativo<sup>130</sup>, consagra la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en los siguientes términos: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente”*.

En Colombia señala el tratadista Carlos Betancur Jaramillo<sup>131</sup> las acciones de responsabilidad estatal presentan tres manifestaciones diferentes así: en primer término, la responsabilidad por el acto administrativo ilegal que se hace efectiva ante la jurisdicción administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento que regula el artículo 85 del CCA. En segundo término, la acción de reparación directa que es el mecanismo idóneo por medio de la cual se responsabiliza al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 90 de la Constitución Política)”, señalada en el artículo 86 del CCA; y en tercer lugar, la acción de responsabilidad estatal por los conflictos emanados de los contratos estatales que se ventilan ante la misma jurisdicción mediante la acción contractual contemplada en el artículo 87 del CCA.

Para el caso en que no se este discutiendo la responsabilidad del Estado – Legislador y del Estado - Regulador proveniente de la omisión en la expedición o por la expedición de un acto jurídico regular que causa daño, la acción procedente es la de Reparación Directa. Entonces:

---

<sup>130</sup>ibid.

<sup>131</sup> BETANCUR Jaramillo Carlos. Derecho Procesal Administrativo”. Medellín: Librería Señal Editora, 2009. p. 48.

Cuando se trate de reclamar la reparación de los daños antijurídicos imputables al Estado - Legislador, la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del CCA es la vía judicial adecuada.

Igual la posición que hoy domina a nivel jurisprudencial en cuanto a que la acción de reparación directa es procedente para reclamar los perjuicios ocasionados en actos administrativos legales. Al respecto sostuvo el Consejo de Estado:

La sala estima que el presunto daño que se puede causar por un acto administrativo legal no puede reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como la incoada en el presente caso, dado que el restablecimiento del derecho en ésta tiene, por el contrario, fundamento exclusivo en la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. Tal pretensión solamente podría deducirse ante esta jurisdicción mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial.<sup>132</sup>

Se admite entonces la procedencia de la acción de reparación directa cuando quiera que no se cuestione la “legitimidad” del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas.

Sobre la responsabilidad de la administración pública por actos administrativos legales, el Consejo señaló que cuando la acción se interpone con ocasión del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, la acción de reparación directa resulta procedente. Dijo la Sala:

Los actos administrativos, como expresión de la voluntad de la administración pública con la finalidad de producir efectos jurídicos, deben basarse en el principio de legalidad, el cual se constituye en un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico. Pero es posible que en la realidad la administración viole ese deber ser, es decir, que no someta su actividad al ordenamiento legal sino que, por el contrario, atente contra él. Se habla, en este caso, de los actos y actividades ilegales de la administración y aparece, en consecuencia, la necesidad de establecer controles para evitar que se produzcan esas ilegalidades o para el caso en que

---

<sup>132</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de marzo de 1996, Rad. 3575, C. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

ellas lleguen a producirse, que no tengan efectos o que, por lo menos, los efectos no continúen produciéndose y se indemnicen los daños que pudieron producirse. Cuando ello pasa y quien se encuentre afectado con la decisión administrativa alegue la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de la misma, las acciones procedentes son las acciones de nulidad o también llamadas acciones de legalidad o de impugnación. Sin embargo, cuando esto no sucede, es decir, no se discute la validez del acto administrativo, y sólo se alega la causación de perjuicios, la acción procedente es la de reparación directa.”<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

## 4. EL DAÑO Y SU REPARACIÓN INTEGRAL

En este capítulo nos detendremos a analizar el daño como elemento esencial de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se concretarán las condiciones o requisitos que se deben dar para que surja la obligación reparatoria por parte del Estado, y presentará un diagnóstico de la clasificación que de los perjuicios han hecho las Altas Cortes y sobre las cuales han sustentado sus providencias: perjuicios de orden patrimonial y no patrimonial.

Se analizarán igualmente los aportes que sobre “Reparación Integral” doctrina actualmente en boga ha hecho el derecho interno y el principio resarcitorio reflejado a nivel internacional.

Concluiremos el capítulo, haciendo con una observación: tratase de cualquier fuente de responsabilidad extracontractual, la responsabilidad proveniente de la falta de regulación o regulación legítima, siempre exige la obligación de reparar por parte del Estado en virtud de la aplicación del principio de: Igualdad de todos ante las cargas públicas.

### 4.1 EL DAÑO

El elemento común de todo tipo de responsabilidad es el daño o perjuicio, o sea, el menoscabo o detrimento de un derecho.

Desde que se habla de la responsabilidad, surge lo que muchos tratadistas llaman “El derecho de Daños”<sup>134</sup> cuyo propósito es el garantizar al individuo una

---

<sup>134</sup>LOPEZ OLACIREGUI, José María. Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Buenos Aires. Desalma. 1978. En: Citado Garrido Cordobera, Lidia M. Los Daños Colectivos. Colección Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009.

indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes. Su principio rector es la reparación integral de la víctima.

Se ha considerado el daño, como la lesión producida a un bien jurídicamente tutelado por el derecho y causado por el comportamiento lícito o ilícito de una persona diferente al titular del mismo.<sup>135</sup>

Para que la administración sea declarada responsable de un daño, éste debe tener cierta naturaleza y presentar características que le son propias. Para Laubadere en el derecho administrativo, el daño debe ser: Imputable al servicio público, Cierto y Directo<sup>136</sup>.

Afirman los tratadistas Mazeaud y Tunc: *“Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no puede ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el Juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha cuando el perjuicio es actual, sus existencia no ofrece duda algún.”*<sup>137</sup>

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001 sostuvo:

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup>BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Leyer, 2003. p 277.

<sup>136</sup>LAUBADERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Temis, 1984. p 113.

<sup>137</sup>MAZEAUD Henry y León y TUNC. André. Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América Tomo1. 1995 En: MORA MORA, Caicedo Esteban y RIVERA Martínez Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Teórico. Practico. Leyer

<sup>138</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. Mp. Dr. Jaime Araujo Rentería.

## **4.2 DEBER DE REPARAR EL DAÑO**

La acción de reparar surge del perjuicio. Considerada como la acción encaminada a enmendar o componer los efectos novicios causados por un hecho, solventando con ello la ofensa causada a otro.

El fundamento legal de la indemnización del daño o perjuicio lo encontramos en el Código Civil en varias de sus normas: el artículo 2341 que ordena a toda persona que causa un daño a indemnizarlo; el artículo 2343 que extiende la obligación a los herederos del causante; el artículo 2345 que ordena al ebrio indemnizar el daño ocasionado por su delito o culpa; el artículo 2347 que reitera la indemnización directa a cargo del causante del daño, y la indemnización indirecta a cargo de la persona a cuyo cuidado se encuentre quien cause el perjuicio; el artículo 2356 que señala la obligación de toda persona de reparar el daño que produce a otra persona por malicia o negligencia.

Igualmente los artículos 1612, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil consagran que toda obligación de no hacer se resuelve en la de indemnizar los perjuicios causados si se contraviene una obligación, y la obligación de reparar si la obligación de hacer o de dar no se cumple, se ha retrasado su cumplimiento o se ha cumplido imperfectamente. Señalan que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante.

Nuestro Estado de Derecho se sostiene sobre dos pilares: el Principio de Legalidad y la Responsabilidad Patrimonial del Estado. En consonancia con estos principios, es esencial que el Estado, si con su intervención causa un daño que excede de las cargas publicas que debe soportar el cuidado y causa un daño, debe repararlo en forma integral.

El Consejo de Estado, respecto a la obligación de reparar y restablecer al perjudicado, ha sostenido:

Reparar implica componer, enmendar, corregir o remediar y restablecer no es más que volver a establecer una cosa o ponerla en el estado en que antes tenía. Ambas expresiones... implican que la reparación del daño o el restablecimiento del derecho lo que pretender es retornar las cosas a la situación en que ellas se encontraban antes del acto, hecho, operación u omisión que las afectó. Buscan, en últimas, proteger un statu quo jurídico determinado y previamente existente, junto con los derechos, privilegios, prerrogativas u obligaciones que el mismo conlleva...<sup>139</sup>

Por su parte, para la Corte Constitucional, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite.”<sup>140</sup>

Para lograr la reparación, se han utilizado dos mecanismos: volver las cosas al estado en que se encontraban antes de producirse el hecho (llamada restablecimiento) o entregar a cambio del daño cosas o valores equivalentes.

La indemnización además de tener efectos compensatorios, contribuye a la finalidad de prevenir el daño.

En materia de indemnización han surgido en el Derecho Público varias teorías, muchas de las cuales hoy se aplican y que han sido expuestas por Garrido Falla y García de Enterría, así: “*La indemnización es una reparación debida por la administración pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legitimo de una potestad administrativa*”; aclarando que el daño que el particular sufre no es, en ningún caso, la consecuencia de una actividad ilegal. Lo anterior,

---

<sup>139</sup> C de E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 1990. MP Dr. Carlos Gustavo Arrita.

<sup>140</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 1993. Mp Dr. Antonio Barrer Carbonell.

con fundamento en los principios de “la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas”.<sup>141</sup>

La Corte Constitucional en sentencia C-043 de 2004 hace un análisis del aporte hecho por la Doctrina en relación con la obligación de reparar el daño por el Estado. Sostiene que:

La doctrina ha contribuido a la labor jurisprudencial, aportando definiciones de daño y precisando los elementos necesarios para que pueda hablarse de la obligación estatal de resarcirlo. En primer lugar los tratadistas han puesto especial énfasis en mostrar que el daño es el elemento *sine qua non* de la responsabilidad estatal. Sin embargo, no es un requisito suficiente, pues, además de su existencia, es preciso que sea atribuible al Estado y que éste tenga la obligación de reparación. Ha dicho entonces la doctrina que el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él, y (iii) debe ser antijurídico; no es antijurídico aquel daño que, en virtud de las normas legales, deba ser soportado por quien lo padece.

También la doctrina ha hablado de las “condiciones de existencia” del daño, entendiendo por tales los elementos necesarios para que el daño exista. Se menciona entonces que el daño debe ser personal, directo y cierto. El carácter directo del daño se explica con base en la distinción entre daño y perjuicio: el daño es entendido como la alteración material exterior y el perjuicio como las consecuencias de dicha alteración; el carácter directo es entendido como el hecho de que el perjuicio provenga o sea consecuencia del daño.<sup>142</sup>

La indemnización de perjuicios se encuentra orientada a regresar el patrimonio de la persona que resultó afectada a las mismas condiciones en que se encontraba antes de la ocurrencia de los hechos, a fin de que la persona lesionada reciba lo que le corresponde; pero también se debe lograr una reparación pecuniaria del daño como compensación que sustituye en parte el bien lesionado, cuando este no es de contenido material.

---

<sup>141</sup> GARRIDO FALLA, Fernando “Tratado de Derecho administrativo”. Madrid, 1963.

<sup>142</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. Mp Dr Marco Gerardo Monroy Cabra.

Hablamos de un concepto de perjuicio moral y perjuicio material, como consecuencia necesaria del daño

#### **4.3 PERJUICIOS RECONOCIDOS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

Colombiana adoptó la clasificación de los perjuicios señalada por la Doctrina francesa<sup>143</sup>: perjuicios de orden material (patrimonial) y perjuicios de orden no material (no patrimonial).

En los perjuicios materiales encontramos: el daño emergente y el lucro cesante; y en los perjuicios no materiales, el perjuicio moral y el perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación.

Antes de haberse expedido la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado abordaron este tema con amplitud y precisión, aludiendo que el daño ocasionado puede recaer en la persona o en sus bienes desde el punto de vista patrimonial y repercutir en el equilibrio sentimental graves de la vida en relación de la persona.

Así trajo a colación, los daños materiales en los que se incorporan las nociones de daño emergente y lucro cesante siendo el perjuicio de naturaleza patrimonial y los daños morales que se proyectan en la esfera afectiva o interior de la persona, y daño a la vida en relación que son las afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, o mas concretamente alrededor de su actividad social.

En el marco del principio constitucional de “Estado de Derecho” edificado sobre el respeto a la dignidad humana y la protección por parte de las autoridades de la

---

<sup>143</sup>Consejo de Estado francés. Conclusiones Rougevin-Baville, febrero de 1975. En: HENAO Pérez Juan Carlos El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del estado en Derecho colombiano y francés. 2007. Universidad Externado de Colombia. p 192.

vida, honra, bienes y demás derechos de los ciudadanos<sup>144</sup>, se reconoce la primacía de los derechos de las personas

**4.3.1 Daños o Perjuicios materiales:** Son aquellos que atentan contra los bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mensurables en dinero<sup>145</sup>. Para el tratadista Martínez Rave, se ha entendido por tales: “los que afectan el patrimonio económico de las personas; lo que modifican la situación pecuniaria del perjudicado<sup>146</sup>”.

Estos daños se definieron en artículos 1613 y 1614 el Código Civil<sup>147</sup> como “daño emergente” y lucro “Cesante”; conceptos que han ido siendo precisados. Estos conceptos fueron precisados por la Doctrina y la jurisprudencia, esclareciendo que se trataba de todo empobrecimiento sufrido por la víctima del hecho, así como los gastos que debe realizar para afrontar sus consecuencias materiales.

El daño emergente comprende “la pérdida misma de los elementos patrimoniales, de los desembolsos que hayan sido necesarios y el advenimiento del pasivo, como resultado de los hechos respecto de los cuales se pretende deducir la responsabilidad.”<sup>148</sup>

El daño emergente puede darse en la persona o en los bienes. Se produce respecto de la persona, cuando el bien lesionado es la persona humana, en su aspecto físico, en la cual se deben indemnizar todos los gastos necesarios para

---

<sup>144</sup>Constitución Política de Colombia. Artículos 1° y 2°.

<sup>145</sup>HENAO PÉREZ, Op. Cit. p. 195.

<sup>146</sup>MARTIENZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 1996. p. 231

<sup>147</sup>Código Civil. Art. 1613: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento...” Art. 1614: Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

<sup>148</sup>BUSTAMANTE LEDESMA, Op. Cit. p. 289.

enfrentar el daño. Respecto de los bienes se produce cuando la acción dañina afecta un bien (mueble o inmueble), en la que se deben indemnizar todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecedió al daño o al menos, a la que mas se le parezca.<sup>149</sup>

Para el profesor Tamayo Jaramillo hay daño emergente “cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salio o saldrá del patrimonio de la víctima.”<sup>150</sup>

El lucro cesante se produce cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima<sup>151</sup>. En esta noción se encuentra incorporada toda carencia o disminución de productividad, ganancia, utilidad o rendimiento derivada del hecho.

Al igual que el daño emergente, el lucro cesante se puede presenta cuando se produce la lesión sobre la persona o sobre los bienes. Cuando se ataca la integridad de la persona, se deben reparar las secuelas producidas a ella y cuando la lesión se produce directamente sobre un bien, la lesión se da por lo que se deja de producir en razón del hecho dañino.

**4.3.2 Daños o Perjuicios inmateriales:** se diferencian de los perjuicios materiales en razón a los bienes afectados y a la estimación de la cuantía del perjuicio.

Los daños materiales se ubican en el interior de la víctima, en sus sentimientos, de tal suerte que al no tener una naturaleza económica no son medibles en dinero. Si bien los daños inmateriales menoscaban el patrimonio de la víctima, su perjuicio

---

<sup>149</sup> HENAO PÉREZ, Op. Cit. p 205.

<sup>150</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado. El daño Antijurídico. Bogotá: Temis, 1997 p 117.

<sup>151</sup> Ibid., p 117.

no es medible económicamente para lograr la indemnización de ellos, reconociéndose entonces la que compensa o alivia.

Los daños morales tienen su fundamento en el sufrimiento (*petitum dolores*), el que se considera el término dolor en un sentido amplio, comprensivo del miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionada por el hecho dañoso. Son aquellos que afectan los sentimientos o aspectos internos de la persona, sostiene el profesor Martínez Rave<sup>152</sup>.

El daño moral corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo.

Comenta el profesor Martínez Rave<sup>153</sup> que la jurisprudencia del Consejo de Estado clasificó los daños morales en: daños morales objetivados y subjetivados. Son daños morales objetivados aquellos resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; los daños subjetivados (*petitum doloris*) por su parte, comprenden aquellos que lesionan exclusivamente los aspectos sentimentales, efectivos, emocionales, que originan angustias, dolores internos, síquicos.

**4.3.3 Daño a la vida en relación:** a partir de la sentencia de 6 de mayo de 1993<sup>154</sup> el Consejo de Estado dio las pautas iniciales para el reconocimiento de los perjuicios producidos por un daño inmaterial diferente al moral, reconociéndose así la indemnización por los “perjuicios fisiológicos” producidos a las personas, los cuales posteriormente han sido reconocidos como “daños a la vida en relación”.

En esta sentencia afirmó que:

---

<sup>152</sup> Ibid. P. 233.

<sup>153</sup> Ibid. P. 235.

<sup>154</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Cp Dr. Betancur Jaramillo.

El perjuicio fisiológico a la vida en relación, debe distinguirse del daño material, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y también de los perjuicios morales subjetivados. Mientras el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte... no solo las angustias y depresiones producida por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente.

El perjuicio fisiológico o a la vida en relación exige como lo afirma el Dr. Tamayo Jaramillo<sup>155</sup> que “se repare la pérdida de la posibilidad de realizar tras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”.

Es la afectación de la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada a causa de una lesión producida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, o lo que llamo la Corte Suprema de Justicia “actividad social no patrimonial”.

En daño a la vida en relación se evidencia en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse o las personas y cosas, o desplegar las conductas que de forma cotidiana enmarcan su vida.

El Consejo de Estado en Sentencia del 6 de mayo de 1993 empieza a admitir un perjuicio diferente al moral, y es el fisiológico o a la vida en relación, refiriéndose a él como la “pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.”<sup>156</sup>

Este fallo consagro a nivel jurisprudencial el principio que en el derecho colombiano se debe resarcir el daño fisiológico o a la vida en relación, rompiéndose con la tradicional clasificación que se traía del perjuicio inmaterial y

---

<sup>155</sup>TAMAYO JARAMILLO Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II p 139. En HENAO PEREZ, Op. Cit. p. 267.

<sup>156</sup> Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Mayo 6 de 1993.Cp Dr. Uribe Acosta.

que posteriormente el mismo Consejo de Estado<sup>157</sup> le fijó una entidad propia, que no permite confundirlo con el daño moral o precio del dolor.

El sustento dado en éstas sentencias y en posteriores, es que éstos perjuicios se basan en la necesidad de “compensar, en procura de otorgar al damnificado un indemnización integral, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de los cuales, ocupa lugar principal, la mengua en las posibilidades de realizar actividades, que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal.

Posteriormente en Sentencia de julio 29 de 2000, el Consejo de Estado señala que el daño a la vida en relación es un concepto mucho más amplio que el del perjuicio fisiológico, por lo que al no poder ser asimilados, rechaza este último.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha hecho un elaborado estudio sobre el tema, y concreta como características del daño a la vida en relación, las siguientes:

- Tiene naturaleza extramatrimonial o inmaterial, en tanto que se proyecta sobre intereses, derechos o bienes que no tienen valor económico.
- Se refleja sobre la esfera externa del individuo.
- En las situaciones de la vida práctica del individuo se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, limitaciones o alteraciones, de mayor o menor grado, que no poseen un contenido económico. Pueden tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico o en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales.
- Su reconocimiento persigue una finalidad satisfactoria, enderezada a atemperar o aminorar los efectos negativos que de él se derivan<sup>158</sup>.  
Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de

---

<sup>157</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Junio 13 de 1997. Cp Dr Jesús María Carrillo. Aclaración de voto del Consejero Dr Ricardo Hoyos Duque. En sentencia de octubre 2 de 1997 Cp Dr Daniel Suárez Hernández, octubre 9 de 1997 Cp Dr Hoyos Duque, se acoge por el Consejo de Estado la posición de la aclaración de voto.

<sup>158</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Mayo 13 de 2008. Mp Dr Cesar Julio Valencia Copete.

relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión *perjuicio fisiológico*, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. En opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.<sup>159</sup>

#### **4.4 REPARACION INTEGRAL**

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado un favorecimiento claro a las víctimas por el daño injustamente sufrido por el accionar lícito del Estado; así se han venido reconociendo daños materiales, daños morales, fisiológicos y perjuicios a la vida en relación con criterios de equidad

La Corte Constitucional se pronunció al respecto y sostuvo: “El resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite.”<sup>160</sup>

Respecto a la reparación, ha manifestado que “se deben enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, estos es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda.”<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de julio 19 de 2000, C.P. Alier Hernández, reiterada posteriormente entre otras por la sentencia abril 20 de 2005. C.P. Ruth Stella Correa

<sup>160</sup> Corte Constitucional Sentencia C- 197 de 1993 MP Dr. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>161</sup> Sentencia C- 840 de 2001 Mp Jaime Araujo Rentería.

**4.4.1 Reparación Integral en el derecho interno:** la ley 446 de 1998 estableció el principio que orienta todo el derecho de los daños en el ordenamiento jurídico colombiano, y es el principio de “reparación integral”.

Artículo 16: “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad, y observara los criterios técnicos actuariales*”.<sup>162</sup>

Con fundamento en el principio de equidad, el juez al reconocer los daños debe valorar no solo la situación de las víctimas sino también de los responsables

En el ordenamiento colombiano, el contenido y alcance de la reparación integral ha sido señalada en la Ley 975 de 2005<sup>163</sup>.

Artículo 8°:

***Derecho a la reparación.*** El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas. Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito. La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito. La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito. La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedida.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup>Ley 446 de 1998 por medio de la cual se adoptaron medidas de descongestión de los despachos judiciales y de eficiencia y acceso a la justicia

<sup>163</sup>Ley 975 de 2005: Ley de Justicia y Paz

<sup>164</sup>Ibid.

Este principio de reparación integral considera la Corte Constitucional no solamente es de rango legal sino constitucional, toda vez que se encuentra constando en el Preámbulo, los artículos 2° y 90 de la CP.

Reconoce el Estado Colombiano el derecho que le asiste a la persona que ha sufrido una lesión en su persona o bienes, de exigir la reparación integral del perjuicio, garantizándose en términos de equidad.

La reparación integral consiste en tratar de dejar a la víctima en las condiciones, o más aproximadas posibles, a la situación que tenía con antelación al daño, y que se concretan en daños materiales y daños inmateriales.

Para el Consejo de Estado<sup>165</sup>, el principio de reparación integral, entendido como el precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada al menos, al punto más cercano al que se encontraba antes del mismo, debe ser aplicado de conformidad al tipo de daño producido, se trate del daño proveniente de la violación de un derecho humano o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico no relacionado con el sistema de derechos humanos”.

Para el Consejo de Estado, la reparación integral busca el restablecimiento efectivo de un daño a un derecho, bien o interés jurídico. En cada caso concreto le corresponde al Juez verificar con que potestades cuenta para lograr el resarcimiento de los perjuicios: ya sea a través de medidas indemnizatorias o a través de la adopción de otras medidas.

**4.4.2 Reparación Integral en el derecho internacional:** en virtud del Bloque de constitucionalidad se logra que la Constitución de un país sea más dinámica y se

---

<sup>165</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Octubre 19 de 2007. Cp Dr. Enrique Gil Botero.

adapte a los cambios sociales y haga del derecho un derecho mucho más activo o viviente.

Así en Colombia el principio del derecho resarcitorio se ha visto reflejado en el ámbito internacional, especialmente en el Sistema interamericano de derechos Humanos.

La Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el concepto de reparación integral, señaló que “constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de reparación en forma debida”<sup>166</sup>:

Tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado Parte desde el 31 de julio de 1973 que consagra la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos humanos consagrados en ella y en los demás instrumentos que la complementen, reformen o adicionen.

En materia de reparación integral del daño, se ha acogido en el derecho interno el criterio esbozado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que:

El denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto pueda tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y la garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

---

<sup>166</sup>Corte permanente de justicia internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928. En: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Octubre 19 de 2007. Cp Dr Enrique Gil Botero.

(...). [E]l “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable.<sup>167</sup>

El anterior análisis hecho a la teoría del daño y su reparación, nos indica claramente como frente a la responsabilidad extracontractual del Estado, sean cual fuera la fuente de donde proviene, es obligatorio entrar a resarcir los perjuicios que la acción u omisión del Estado ocasiona en virtud del principio de “la igualdad ante las cargas públicas”.

---

<sup>167</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loaysa Tamayo. Sentencia de Reparaciones. p. 147.

## 5. CONCLUSIONES

En materia de responsabilidad extracontractual, se advierte que todas las actividades que desarrolla el Estado en las diferentes Ramas del Poder Público y en los Órganos del Estado, pueden generar responsabilidad a su cargo, debido específicamente al perjuicio que se causa a los administrados, el cual debe ser reparado.

Así las cosas, en virtud de los principios de igualdad frente a las cargas públicas y de solidaridad, y del deber del Estado de proteger el patrimonio de los asociados, el Estado responde patrimonialmente por los daños producidos en la expedición de sus normas y actos, obligándose a indemnizar a los titulares por los daños ocasionados a los derechos y bienes jurídicamente protegidos.

Si bien tales premisas otorgan claridad sobre la responsabilidad del Estado por la expedición irregular de una norma o acto jurídico cuando causa daños a los particulares y el consecuente deber de restablecer los derechos vulnerados, resulta opaco el entendimiento frente a los daños que puedan provenir de la omisión del órgano legislativo que se abstiene de expedir una norma o por la aplicación de un acto jurídico administrativo, que pese a su legalidad, en su aplicación causa daños.

A la luz de la perspectiva del artículo 90 de la Constitución Política, podría predicarse también responsabilidad de la administración cuando se expida una norma de rango constitucional o legal, o un acto administrativo cuya validez no se cuestiona, pero que en su expedición y aplicación causa un daño al administrado, por la vulneración del principio de igualdad frente a las cargas públicas, situación

que el administrado no debe soportar y que por consiguiente genera el derecho a impetrar la solicitud de remedio o perjuicios.

Por lo anterior, y con el fin de lograr contar con una normatividad clara y precisa sobre la imputación de la responsabilidad extracontractual al Estado Colombiano por la omisión legislativa, por la expedición y aplicación de normas y actos que siendo ajustados a derecho causan daño a una persona, considero necesario se expida una Ley que prevea en el futuro la responsabilidad del Estado-Legislator y el Estado-Regulador, y se haga viable la indemnización a favor del perjudicado por el daño producido. En esa medida, este trabajo de profundización desde la doctrina y el derecho comparado de la figura, se convierte en una fuente argumentativa relevante para la proyección de dicha legislación.

Esta ley tendría por objeto fijar las bases, límites y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes sufran un perjuicio en sus bienes y derechos como consecuencia de falta de regulación o regulación legítima. También, se determinarán los sujetos a los que se aplicaría la ley, los daños y perjuicios que constituyan la lesión patrimonial reclamada, la reparación integral del daño y los órganos y mecanismos jurídicos para hacerla efectiva.

Con la legislación propuesta sobre la responsabilidad por omisión legislativa, la Corte Constitucional, órgano encargado de estudiar las infracciones a la Norma Fundamental, no se abstendrá de conocer el asunto que se le somete a su consideración; deberá interpretar la Constitución y las leyes ordinarias, con el fin de verificar si se ha producido el desarrollo exigido, o por el contrario, si el contenido de una ley expedida por el órgano legislativo es insuficiente para lograr la eficacia plena que exige el precepto constitucional. Igual debe verificar si se dieron los criterios de oportunidad, esto es, si el legislador cumplió el encargo legislativo exigido o se dio la ausencia de desarrollo, ambas situaciones censurables en nuestro Estado de Derecho.

En ese escenario legislativo posible, no existiría obstáculo alguno para que la Corte Constitucional revise las previsiones constitucionales y legales enunciadas, y se considere así a la jurisprudencia, como adalid de la aplicación del instituto resarcitorio contenido en el artículo 90 superior y de a luz a esta nueva modalidad de responsabilidad del Estado colombiano, que con amplio desarrollo, no sólo en el campo judicial sino doctrinal, ya es un hecho en ordenamientos internacionales.

Igualmente se prevé regular en forma clara la responsabilidad proveniente de la aplicación de un acto jurídico plenamente legal que causa daños a los administrados, y que considero se ajusta al régimen de responsabilidad por el Daño Especial, ampliamente desarrollado por la Doctrina y Jurisprudencia, y con el mecanismo que la ley prevé para reclamar por vía judicial la reparación de perjuicios derivados del Estado-Legislator o el Estado-Regulador: la acción de reparación directa.

Igualmente constituirá un apoyo al desarrollo de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, y de los Tribunales Administrativos, órganos competentes para conocer de este tipo de responsabilidad, pues de las pesquisas planteadas y desarrolladas bajo el ámbito de reflexión de este trabajo de grado, se evidencia que no existe en el Tribunal Administrativo de Santander, durante el período 2007-2008, fallos que desaten conflictos en este sentido, sino, la inaplicación por inexistencia de la figura que aquí se ha estudiado in extenso.

## BIBLIOGRAFÍA

AYALA Caldas, Jorge Enrique. La Responsabilidad de los Servidores Públicos. Bogotá: Doctrina y Ley. 2006.

BERMÚDEZ Muñoz, Martín Gonzalo. La Responsabilidad del Estado y sus Agentes. El daño antijurídico. En: Memorias del 2º Seminario Internacional: Gerencia Jurídica Pública. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005.

BERNAL Castro, Carlos Andrés y otros. Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006.

BERROCAL Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009.

BETANCUR Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Librería Señal Editora, 2009.

BUSTAMANTE Ledesma, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Leyer, 2003.

CEPEDA, Manuel José y otros. Directores de Proyecto. Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases Críticas para una discusión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

COTARELO, Ramón. Del Estado de Bienestar al Estado de Malestar. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1990.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho Publico. España: Analecta Ediciones y Libros, 2006.

FACIO, Peirano. Responsabilidad Extracontractual. Bogota: Temis, 2004.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso Español. España: Civitas.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomos I y II. Madrid: Civitas, 1995.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. Los Daños Colectivos - Prospectiva General Colección Internacional N° 10. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial. 1864-1990. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

\_\_\_\_\_. El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. En: Memorias del 2° Seminario Internacional: Gerencia Jurídica Pública. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005.

IRISARRI RESTREPO, Antonio José y otros. La Responsabilidad de la Administración Pública. En: Recopilación Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1986.

LOPEZ MORALES, Jairo. La Responsabilidad del Estado por Error Judicial. Bogotá: Doctrina y Ley, 2007.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1980.

MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Teórico-Práctico. Bogotá: Leyer, 2004

MOREAU, Jacques y otros. La Responsabilidad de la Administración Pública. En: Colombia, España, Francia e Italia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Tipología de nuestras Sentencias Constitucionales [en línea] URL: [www.javeriana.edu.co](http://www.javeriana.edu.co). (Publicación: Agosto 18 de 2004. Consulta: 22 de febrero de 2009).

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2006.

PENAGOS, Gustavo. Fundamentos del Derecho administrativo. Origen Francés en el mundo. Bogotá: Librería del Profesional, 1993.

\_\_\_\_\_. El Daño Antijurídico. Bogotá: Doctrina y Ley, 1997.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Madrid: Trotta, 1997

PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis, 1997

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Compilación. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, 1995.

RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General Colombiano. Bogotá: Temis. 2008.

RUIZ ORJUELA, Wilson. La responsabilidad del Estado Legislador [en línea] En: Revista Civilizar. No. 9, Diciembre de 2005. Universidad Sergio Arboleda. URL: [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/temas\\_juridicos.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/temas_juridicos.htm) (Consulta: 22 febrero de 2009).

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

SIERRA PORTO, Humberto. Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

TAMAYO, Javier. Responsabilidad del Estado. El daño antijurídico. Bogotá: Temis, 1977.

TORNOS MAS, Joaquín. Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Barcelona: Universidad de Barcelona. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal. Bosh, Casa Editorial, 1994.

URUETA AYOLA, Manuel. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. En: Recopilación Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho. Posgrado en Derecho Administrativo (Bucaramanga, 2005).

VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Aguilar, 1980.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Corte Constitucional:**

- Sentencia C-333 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-832 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-381 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-285 de 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Treviño.
- Sentencia C-285 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C-619 de 2003. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-038 de 2006. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-038 de 2006. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-1004 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

### **Consejo de Estado:**

- Sección Tercera. Abril 7 de 1938. C.P. Dr. Carlos Lozano y Lozano.
- Sección Tercera. Julio 29 de 1947.
- Septiembre 30 de 1949. C.P. Pedro Gómez Parra.
- Sección Tercera. Septiembre 10 de 1960.
- Sección Tercera. Septiembre 30 de 1960. C.P. Dr. Francisco Eladio Gómez
- Sección Tercera. Junio 24 de 1965.
- Sección Tercera. 28 de Abril de 1967. C.P. Dr. Carlos Portocarrero Mutis.
- Sección Tercera. Noviembre 17 de 1967.
- Sección Tercera. Junio 5 de 1972.
- Sección Tercera. Mayo 22 de 1976.
- Sección Tercera. Octubre 28 de 1976. C.P. Jorge Valencia Arango.
- Sección Tercera. Julio 16 de 1981. C.P. Dr. Jorge Dangond.
- Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1989. C.P. Dr. De Greiff Gustavo. Anales del Consejo de Estado Tomo XCIX.
- Sección Tercera. Junio 30 de 1992. C.P. Dr. Daniel Hernández.
- Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.
- Sección Tercera. Sentencia de 13 de julio de 1993. C.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.
- Sección Tercera. Sentencia de mayo 8 de 1995. C.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández.
- Sección Primera. Marzo 21 de 1996. Rad. 3575. C. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 25 de 1998. MP Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

- Sección Tercera. Julio 13 de 2000. C.P. Dr. Jesús María Carrillo.
- Auto de 19 de febrero de 2004. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Sección Tercera. Abril 27 de 2006. C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

### **Corte Suprema de Justicia:**

Sala de Negocios Generales y de Casación Civil:

- Fallo de Octubre 22 de 1896.
- Fallo de Octubre 20 de 1898.
- Fallo de Julio 19 de 1916.
- Fallo de Mayo 12 de 1939.
- Fallo de Agosto 12 de 1939
- Fallo de Junio 30 de 1962

### **Páginas de Internet**

[www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

[www.gobiernoenlinea.gov.co](http://www.gobiernoenlinea.gov.co).