

*Carlos J. J. J.*

## RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Dr. Jesús Vallejo Mejía

### Capítulo Primero

#### “EL REGIMEN JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO”

1).- La responsabilidad patrimonial consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los perjuicios que se le han causado.

Como toda responsabilidad, la patrimonial brota del acto ilícito. Es, en otras palabras, una consecuencia de la violación del deber jurídico. Su significado es el de una sanción impuesta por la infracción de una norma de derecho cuando de ahí se deriven lesiones patrimoniales.

El carácter de sanción que ostenta la obligación de resarcimiento permite distinguirla de figuras similares que también tienen por objeto la indemnización de perjuicios. Por ejemplo, el deber que en principio tiene el Estado de pagarle al propietario el justo valor del bien que va a ser materia de expropiación; la obligación que le imcumben al patrono de indemnizar los accidentes de trabajo que sufran sus trabajadores; en fin, la obligación a cargo del asegurador de soportar el riesgo asegurado, no constituyen casos de responsabilidad patrimonial, porque no surgen del acto ilícito sino de fenómenos diferentes. Así, la mencionada obligación del Estado es condición del ejercicio lícito de una de sus atribuciones; las indemnizaciones a cargo de los patronos y aseguradores son la manera de cumplir los

deberes de protección que han asumido contractualmente en favor de los trabajadores y de los asegurados, respectivamente. El significado de esas prestaciones no es sancionador, pues no constituyen reacciones vinculadas por el ordenamiento al incumplimiento de sus mandatos.

El supuesto de que nace la obligación de resarcimiento en que consiste la responsabilidad patrimonial es complejo. Lo configuran dos elementos: el acto ilícito y el daño que le es imputable. El primero es inseparable de la idea de responsabilidad: su ausencia hace que la obligación de indemnizar derive hacia otra institución, como acabamos de verlo. El segundo elemento está presente en la noción misma de responsabilidad patrimonial. Si el ilícito no ocasiona daños patrimoniales, puede dar lugar a sanciones de otra índole, incluso pecuniarias, pero nunca constitutivas de responsabilidad patrimonial.

En ciertas ocasiones el ilícito se configura por el daño producido, vale decir, es el resultado dañoso lo que permite calificar la irregularidad de un comportamiento que, de por sí, sería jurídicamente irreprochable. La violación del llamado "deber general de diligencia y cuidado", por ejemplo, a veces sólo viene a ser punible cuando se traduce en lesiones a terceros. El caso más notable de esa calificación del comportamiento por el daño que produce se advierte en la responsabilidad "objetiva", en la que el mero daño y su imputabilidad a determinada conducta dan lugar a la obligación de indemnizarlo, sin que sea necesario examinar la corrección o la incorrección del comportamiento. La ilicitud nace ahí de la infracción de un supuesto deber de no causar daño a otro. Sin embargo, las hipótesis de responsabilidad objetiva son excepcionales en nuestro derecho, como tendremos oportunidad de mostrarlo posteriormente. Por eso, aún se justifica la doctrina tradicional que estudia por separado el ilícito y el daño que de él se desprende. En tesis general, la obligación de reparar el daño sólo puede ser declarada luego de apreciar frente al deber jurídico el comportamiento que lo produjo.

Con esto queda delimitado el ámbito de la responsabilidad patrimonial, el cual tiende a desdibujarse en ciertos sectores de la doctrina moderna que consideran que el problema de la responsabilidad radica en saber quien va a soportar en definitiva los efectos de un daño, olvidándose de que, ante todo, la responsabilidad es consecuencia de la ilicitud. (1)

(1) (Cfr. Mazeaud-Tunc, "Responsabilidad Civil", Ed. EJEA, Bs. Aires 1961. T. I., V. I., p. 8).

La doctrina suele emplear la denominación de responsabilidad civil en lugar de la de responsabilidad patrimonial, probablemente porque la indemnización de perjuicios es, por muchos aspectos, la sanción más importante dentro del Código Civil. La expresión, empero, no es muy afortunada, pues en el derecho civil hay otras sanciones que, como las nulidades y las restituciones posesorias, no tienen en principio sentido indemnizatorio y merecen igualmente el nombre de sanciones civiles. Por otra parte, la responsabilidad patrimonial no es un fenómeno exclusivo del derecho civil: su radio de acción se extiende a otras ramas del derecho y asume en cada una de ellas modalidades específicas.

2).- La idea de aplicar la responsabilidad patrimonial a las actividades estatales, es de reciente data. Solamente con la instauración del Estado Liberal de Derecho se llegó a admitir la obligación de indemnizar con el patrimonio público los daños producidos por la actividad del Estado. En efecto, uno de los fundamentos del Estado Liberal de Derecho es el principio de que el Estado no es un ente de jerarquía metafísica más valiosa que la de los gobernados, sino la organización de recursos humanos y materiales para crear condiciones propicias al digno desenvolvimiento de la persona humana. Probablemente esta fórmula sea impracticable; sin embargo, permite hablar de deberes del Estado cuyo cumplimiento es el cometido principal de las autoridades públicas, y de las consiguientes sanciones por su violación.

La responsabilidad del Estado era inadmisibles en los regímenes absolutistas, inspirados en un concepto de soberanía según el cual la autoridad política no podría obrar contra derecho porque su voluntad, en cualquier sentido que se manifestase, era la norma y era imposible sujetarla a jurisdicción alguna sin detrimento de su carácter de soberana.

El Estado Colombiano está organizado como un Estado de Derecho, en la acepción apuntada atrás. Según el artículo 2º de la Constitución, "la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece". Por su parte, el artículo 16 ib. dice que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Las disposiciones constitucionales transcritas dan base para consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano. En efecto, al señalar que el Estado tiene obligaciones a su cargo, abren la posibilidad de que sea sancionado por su incumplimiento. Sin duda, no es acertado decir que consagran un régimen de responsabilidad del Estado, como lo afirma la doctrina dominante, porque en ellas no se contemplan las sanciones aplicables para los casos de violación de deberes estatales, ni los procedimientos para hacerlas efectivas. Con todo, esas disposiciones constituyen valiosísimas reglas de interpretación y señalan directivas al legislador, el cual, en efecto, ha procedido a consagrar y reglamentar la responsabilidad pública.

3).- La responsabilidad patrimonial de las personas públicas está sometida en nuestro derecho a un régimen especial. Su fundamento legal se encuentra en el Capítulo VII del Código Contencioso Administrativo (Ley 167/41) y en los artículos 20, 30 y 32 del D. 528/64. Este régimen especial se explica por el interés de atribuir el conocimiento de las causas de responsabilidad pública a una jurisdicción separada de la ordinaria y porque el Estado se halla sujeto a deberes peculiares y emplea modos de actuación propios que exigen ser regulados de manera distinta a como se reglamenta la actividad particular. En efecto, la mayor parte de la actividad estatal se traduce en la expedición de declaraciones unilaterales de voluntad pública que vinculan de modo heterónomo a los particulares. De otra parte, sobre el Estado pesan deberes estrictos de sumisión a la "legalidad", "deberes legales de obrar", finalidades específicas que debe procurar, etc., que no obligan, al menos en semejante intensidad, a los particulares.

El régimen especial toma en cuenta las características anotadas a fin de regular más técnicamente la responsabilidad del Estado. Se diferencia, además, del régimen ordinario contenido en el derecho civil porque solamente consagra la responsabilidad por la actividad administrativa del Estado. Mientras que por regla general todas las actividades particulares son susceptibles de generar responsabilidad patrimonial, las actividades legislativas y jurisdiccionales del Estado no están sometidas a ese principio. La imputabilidad, esto es, la capacidad de responder por sus actos, es la regla general entre los particulares, en tanto que es un principio de aplicación restringida en materia estatal.

La existencia de normas especiales obliga a estudiar todos los problemas de responsabilidad pública a la luz de aquéllas. En este sentido es equivocada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia,

seguida por el Consejo de Estado en los últimos años, que busca el fundamento positivo de la responsabilidad estatal en el Código Civil, alegando "la inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la Administración por las fallas del servicio". (2)

Lo anterior no significa que el régimen de responsabilidad administrativa sea completo y autónomo. Indudablemente, en él aparecen muchos vacíos. No se trata de una reglamentación detallada; por el contrario, está consignado en fórmulas muy generales. Su aplicación a casos concretos plantea numerosos problemas que deben ser resueltos por el fallador de acuerdo con el artículo 8 de la ley 153/87, que dice que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". En consecuencia, los vacíos que suelen presentarse en el régimen de responsabilidad administrativa, deben ser llenados conforme al método de integración analógica prescrito por la norma citada, echando mano de otras normas administrativas o del Código Civil, que ofrece una reglamentación precisa de la materia. La jurisdicción administrativa entre nosotros está ligada por el artículo 8 de la Ley 153/87; no puede pretender, como la francesa, que su existencia como jurisdicción separada de la ordinaria sólo se justifica por su competencia para aplicar normas autónomas frente a las civiles y que, por lo tanto, está autorizada para crear preceptos de "derecho público", ante la incuria del legislador en proclamarlos. La norma citada es de aplicación general, salvo en los asuntos expresamente excluidos. Entre éstos no se encuentra la materia administrativa.

4).- El Consejo de Estado, en sentencia del 2 de noviembre de 1960, siguiendo los pasos de la doctrina clásica francesa y de tratadistas nacionales como Carlos H. Pareja y Eustorgio Sarria, sostuvo la inaplicabilidad absoluta de las normas de derecho común a los casos de responsabilidad del Estado, con base en que "los artículos 67 y 68 de la ley 167 de 1941 establecieron un sistema de derecho público autónomo que contempla todas las hipótesis y da solución adecuada a todas las controversias que pudieran presentarse" y dado que "en las actividades del Estado como supremo gestor de los servi-

(2) (Vid. Crónica Judicial, No. 297, 1964, p. 33 y ss.; Derecho Colombiano No. 51, marzo/66, p. 233; ib. No. 53, mayo/66, p. 3; ib. 62, p. 123; ib. No. 66, junio/67, p. 209; ib. No. 73, enero/68, p. 37).

cios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho". (3)

En este interesante fallo, cuyas tesis radicales no hicieron carrera en la doctrina posterior del Consejo, se afirma, pues, que nuestro estatuto de responsabilidad administrativa es complejo, no ostenta vacíos, que existe una separación tajante, sustancial, entre el derecho público y el derecho privado.

5).- Ambas afirmaciones son erróneas. La primera es desmentida a cada paso por la práctica. La segunda, que sirvió, entre otras cosas, para la construcción del derecho administrativo clásico en Francia, no ha resistido las objeciones esgrimidas contra ella en el plano jurídico. Aún subsiste, es cierto, pero la doctrina más reciente ha ido atemperando su rigor y su importancia.

Hans Kelsen demuestra que la postulación del dualismo derecho público —derecho privado, fundada en la presunta esencia de cada uno de ellos y sostenida de modo apriorístico e independientemente de la consideración del derecho positivo, sólo se mantiene para afirmar la existencia de dos métodos de interpretación, igualmente apriorísticos, con los cuales se pretende "introducir en el derecho positivo un principio político con cuyo auxilio se obtienen ciertos resultados deseables desde aquel punto de vista político, a los cuales se quiere atribuir positividad jurídica, no obstante carecer de toda base en la legislación positiva". Prosigue diciendo que "en verdad, cuando se enseña que las instituciones del Derecho público no pueden tratarse con el mismo método que las del Derecho privado, aplicándose un método de interpretación no fundado en el derecho positivo, se afirma un dogma de derecho natural, tras el cual se ocultan cosas harto distintas que los postulados de la técnica jurídica". (4)

La crítica de Kelsen ubicó la cuestión en su verdadero lugar. El dualismo mencionado y sus consecuencias normativas, sólo pueden fundarse en el derecho positivo. La distinción entre el derecho público y el derecho privado no se impone por fuerza de necesidad lógica ni es previa al orden jurídico. No hay una naturaleza del Estado independiente del ordenamiento que lo rige. La estructura y el funcionamiento del Estado, sus poderes y sus finalidades, vienen determinados por el orden jurídico. Es más, son nociones jurídicas y, como tales, tienen que surgir del derecho positivo.

Ahora bien, no cabe duda de que, en un sentido sistemático, es

posible hablar en los ordenamientos modernos de la distinción entre el derecho público y el derecho privado. Nuestro derecho a veces emplea esas expresiones, sin definir su contenido. Como lo dice Sayagués Laso, la categoría "derecho público" tiene una justificación técnica, pues "dentro del orden jurídico existe un conjunto de normas relativas a la organización, el funcionamiento y la actividad de los entes estatales, las cuales presentan ciertas características generales que no aparecen —por lo menos con igual intensidad— en las demás normas". (5) Las restantes normas del ordenamiento quedan englobadas dentro de la categoría "derecho privado".

El valor sistemático del dualismo, sin embargo, no es muy apreciable. Si, conforme al acertado criterio de Sayagués, se obtiene un concepto preciso y coherente del derecho público, queda una noción puramente negativa del derecho privado. Al mirar el contenido de éste, puede encontrarse un conjunto heterogéneo de normas cuya nota común es la de no pertenecer al derecho público. Ahora bien, si se pretendiera ofrecer un concepto preciso y coherente del derecho privado, definiéndolo, por ejemplo, "como aquel derecho cuya observancia puede quedar asegurada mediante procedimientos civiles entre los particulares", podría advertirse una zona intermedia no comprendida en ninguno de los términos del dualismo. Como dice Alf Ross, "es posible definir un concepto de derecho privado y también un concepto de derecho público, de manera tal que cada uno de ellos tenga un significado preciso. Pero tomados en conjunto no son exhaustivos: su relación recíproca puede ser comparada con la de los conceptos "canario" y "elefante" dentro de una clasificación zoológica. Si conservamos la terminología —y es difícil no hacerlo— tenemos que subrayar que los dos términos no implican una división fundamental en dos partes de todo el material jurídico". (6) El intento de hacer una clasificación omnicompreensiva con base en las categorías "derecho público" y "derecho privado", hace que estas dos nociones pierdan coherencia. De ahí surgen las vacilaciones y contradicciones en que se ha debatido la doctrina tradicional al esforzarse por encontrar un criterio decisivo que permita esclarecer el contenido de cada una de esas categorías.

Lo anterior indica la necesidad de revisar los conceptos jurídicos tradicionales, sobre todo en lo relativo a la clasificación del Derecho.

(3) (Anales, T. LXII, No. 387-91, 1a. parte, ps. 161-2).

(4) (Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", Editorial Nacional, México, 1959, p. 114 y ss.).

(5) (Sayagués Laso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1959, T. I., p. 16).

(6) (Ross, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Eudeba, Bs. Aires, 1963, p. 201-3).

Esta necesidad se hace patente si se observan las tendencias modernas hacia la "privatización" del derecho público y la "publización" del derecho privado. En efecto, la doctrina más reciente advierte como hay amplias zonas de la actividad estatal que merecen ser reguladas en forma similar a las actividades particulares, al paso que la creciente intervención del Estado en la vida particular va desmoronando el vigor de los principios que anteriormente se creía que eran los fundamentos inmovibles del derecho privado. Puede decirse que se trata de nociones en crisis y que cualquier intento de elaboración de sistemas jurídicos con base en su distinción ha de ser necesariamente provisional.

Pero, aún suponiendo que el dualismo tenga un valor sistemático apreciable, de ahí no puede desprenderse la conclusión de que el derecho público y el derecho privado sean dos compartimientos estancos incapaces de influenciarse recíprocamente. Una afirmación de esa índole tendría que partir de la existencia de una norma que dijera que las instituciones del derecho público y las del derecho privado no pueden interpretarse con los mismos métodos y que estableciera procedimientos de integración peculiares en cada una de esas materias. Una norma de ese tipo no existe en nuestro derecho, al menos en tamaña intensidad. Es verdad que la materia administrativa está inspirada en ciertos principios que deben servir de base para interpretarla. Por ejemplo, los principios de legalidad, de finalidad de servicio público que debe presidir toda la actividad estatal, del respeto a las garantías acordadas por la Constitución a los habitantes del territorio nacional, de la competencia amplia del legislador y de la competencia restringida de la Administración, etc. Con todo, el artículo 8º de la ley 153/87 postula la unidad del sistema jurídico colombiano. Las disposiciones, por especiales que sean, son susceptibles de extenderse a las materias semejantes a las reguladas por ellas y que no hayan sido objeto de reglamentación expresa. En ninguna parte se dice que las normas de derecho privado son inaplicables en los asuntos de derecho público, supuesto que la misma legislación de bases para definir con entera exactitud las nociones de derecho público y de derecho privado.

El quid del asunto radica en la apreciación de la "materia semejante" de que habla el artículo 8º en cuestión. Este es un problema que es preciso resolver en cada caso particular, pues no es posible sentar la regla general de que la materia administrativa, por el hecho de referirse al Estado, es enteramente diversa de la civil.

En lo que a la responsabilidad se refiere, parece que el legislador no hubiera pensado en establecer un régimen absolutamente original de derecho administrativo. De acuerdo con una cita de Tascón, al exponer los motivos para consagrar un sistema de excepción para las indemnizaciones por trabajos públicos, la Comisión Redactora del Código Contencioso Administrativo, refiriéndose a los restantes casos de responsabilidad, dijo lo siguiente: "Es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos de derecho común, desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil". (7)

6).-Dijimos que el régimen del C. C. A. y del D. 528/64 solamente es aplicable a la actividad administrativa del Estado y que, en principio, las actividades legislativa y jurisdiccional no comprometen su responsabilidad patrimonial. En efecto, el artículo 20 del D. 528/64 dice que "la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la *administración*, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 7º de la Ley 167 de 1941". En desarrollo de este principio los artículos 30 y 32 ib. determinan la competencia de los organismos administrativos para conocer de las controversias sobre responsabilidad de las Administraciones Nacional, Departamental y Municipal y de los diversos Establecimientos públicos descentralizados.

Ahora bien, por actividad administrativa se entiende, en nuestro derecho, la realizada por la rama ejecutiva del poder público. "Nuestro sistema jurídico, dice el Consejo de Estado, concibe la función administrativa como una actividad propia del órgano ejecutivo del poder público encaminada a la realización del derecho, y el acto administrativo como la resultante directa e inmediata de esa función. Entre el órgano, la función y el acto hay una relación que marca la orientación seguida en nuestros estatutos. En principio, es acto administrativo el expedido por la Administración con el fin de producir efectos jurídicos. La denominación de su capítulo VII, por sí sola, acusa una aguda concepción formalista, cuando identifica las nociones de acto administrativo y de acto de la administración para

(7) (Tascón, Tulio Enrique, "Derecho Contencioso Administrativo Colombiano", Ed. Minerva, Bogotá, 1942, p. 199.

los efectos jurisdiccionales. En los artículos 62 y siguientes se relievamos más aún esa marcada tendencia. Allí se enumeran los actos administrativos acusables en razón del sujeto que los expide y no de su contenido jurídico. La única excepción es la consagrada por la ley en su artículo 189". (8)

7).- Sin embargo, algunos actos de la Administración escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y, por ende, al principio de la responsabilidad, por no existir vía adecuada para solicitar las indemnizaciones correspondientes. De otra parte, ciertos actos de las ramas legislativa y jurisdiccional pueden ser juzgados por dicha jurisdicción y son capaces de comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado.

Los actos primeramente citados son los que a continuación se enuncian: a) Los Decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional, cuya conformidad con la Constitución debe ser examinada por la Corte Suprema de Justicia, mediante el procedimiento indicado en el D. 432/69 (artículo 214 C. N.). En dicho procedimiento no se prevé la posibilidad de aplicar sanciones diversas de la nulidad o "inexequibilidad" de los actos respectivos. Por otra parte, es dudoso que éstos puedan ser acusados por motivo de ilegalidad, dado que parecen ostentar el vigor normativo de las leyes formales, al menos parcialmente. b) "Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales" (artículo 73, ord. 2º, Ley 167/41. c) "Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes". (ib., ord. 3º).

Todos los restantes actos de la Administración pueden comprometer su responsabilidad, pero es necesario advertir que, en tratándose de actos jurídicos unilaterales, es preciso que éstos pongan "fin a un negocio o actuación administrativa", puesto que las actuaciones jurídicas de mero trámite no abren la posibilidad de la revisión por el contencioso administrativo, a menos que decidan "directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o

hagan imposible su continuación". (artículo 82 C. C. A.; D. 2733/59, artículo 10 y ss).

El artículo 189 C. C. A., se refiere a los actos de las ramas legislativa y jurisdiccional que constituyen materia de lo contencioso administrativo. Dicha norma dice que "el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara. Igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, la Cámara, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional".

Los actos electorales del Congreso y de la rama jurisdiccional son administrativos por su contenido. En materia de responsabilidad esto interesa en lo que atañe a las relaciones del Estado con sus servidores. Los empleados y funcionarios de las ramas legislativa y jurisdiccional pueden intentar acciones de plena jurisdicción de carácter laboral con base en actos de la rama en que presten respectivamente sus servicios y que afecten sus derechos de servidores públicos, como por ejemplo, las destituciones ilegales, así provengan del Congreso o de los organismos jurisdiccionales, según el caso.

8).- La doctrina moderna se inclina a propugnar la responsabilidad del Estado por las actividades legislativa y jurisdiccional. Es indudable que de una y otra actividades pueden derivarse perjuicios particulares por su ejercicio ilícito. La ley puede estar viciada de inconstitucionalidad y vulnerar derechos subjetivos. Los actos practicados dentro del proceso jurisdiccional frecuentemente ocasionan perjuicios, bien porque son en sí mismos ilegales, ora porque se verifican de manera descuidada. A pesar de los recursos que brinda el procedimiento para subsanarlos, pueden ocasionar daños que merecen ser indemnizados. Además, los recursos procesales no ofrecen garantía absoluta de acierto en la propia decisión jurisdiccional (sentencia y sus equivalentes). En fin, son innumerables las lesiones ocasionadas por la morosidad en la administración de justicia y que no se reparan porque el proceso culmine con una decisión enteramente ceñida a derecho.

No hay, en realidad, fundamentos teóricos para proclamar la irresponsabilidad del Estado en estos campos. La ley no es soberana, puesto que es susceptible de revisión por motivos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Las incostrastables ventajas

(8) (Anales, T. LXIII, No. 392-6, p. 149).

que ofrece la proclamación del vigor de Cosa Juzgada en las decisiones jurisdiccionales, no son incompatibles con un sistema que, sin afectar las situaciones jurídicas creadas por la sentencia, permita indemnizar a las víctimas de los errores judiciales. No existen motivos serios para proclamar la impunidad del Estado por la práctica negligente y descuidada de las operaciones procesales (como embargos, secuestros, lanzamientos, detenciones y demás medidas compulsivas) o por la demora injustificada en la tramitación de los negocios.

Sin embargo, no existe en nuestro derecho una consagración expresa de la responsabilidad del Estado por esos actos, ni se ve la manera de hacerla efectiva, en caso de que pudiera hablarse de un principio general de responsabilidad. La materia de la jurisdicción contencioso administrativa la constituyen los actos de la Administración. De los actos de las ramas restantes, sólo conoce en virtud de disposición expresa. La jurisdicción ordinaria no conoce sino de los asuntos "de mero derecho privado" en que intervenga como parte "la Nación, un departamento, un municipio, una intendencia, una comisaría o un establecimiento público descentralizado". Por excepción, conoce además de los juicios de expropiación y de las controversias "por la ocupación permanente de bienes inmuebles con ocasión de trabajos públicos". (D. 528/64, art. 6).

Así pues, aunque se pretenda fundamentar positivamente la responsabilidad del Estado por actos del Congreso o de los organismos jurisdiccionales en el art. 16 C. N. y en los "principios generales de derecho", lo cual es muy discutible, no existen Tribunales competentes para conocer de esas presuntas acciones. (9)

Los casos contemplados por los artículos 30 y 31 C. N., relativos a indemnizaciones por expropiación y por creación de monopolios estatales, no son constitutivos de responsabilidad patrimonial porque, como lo explicamos atrás, esas indemnizaciones no surgen del acto ilícito sino que son condiciones del ejercicio regular de atribuciones legítimas del Estado (Vid. Supra N° 1).

Ahora bien, el principio de la irresponsabilidad estatal por el acto legislativo se atempera en la práctica porque la mayoría de las disposiciones del legislador sólo vienen a producir efectos mediante su aplicación por las autoridades administrativas y jurisdiccio-

nales. En tales eventos, puede invocarse el artículo 215 C. N., según el cual "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Las autoridades pueden desconocer, por lo tanto, una disposición inconstitucional del legislador y negarse a aplicarla. Nos inclinamos a pensar que si la Administración aplica leyes inconstitucionales, incurre en responsabilidad, aunque no medie la declaración de inequidad de la ley. De este asunto, que es muy discutible, nos ocuparemos posteriormente.

9).- La condición primera de la responsabilidad del Estado en nuestro derecho está en que el ilícito sea imputable a la Administración Pública. Previamente al análisis del ilícito administrativo, cuestión que abordaremos en el capítulo II, es menester estudiar, así sea a vuelo de pájaro, la organización administrativa y la actividad de la administración, desde dos puntos de vista: el de los sujetos que la realizan y el de su contenido.

La descripción de la organización administrativa interesa para averiguar cuales son los sujetos imputables dentro del régimen de responsabilidad pública. En rigor, la Administración es una manera cómoda de designar el conjunto de los entes personalizados que realizan la función administrativa dentro del Estado. La Administración no es persona jurídica sino el conjunto de las personas jurídicas públicas. Estas entidades vienen a ser los verdaderos sujetos imputables, es decir, los que deben responder de sus actos con sus respectivos patrimonios. No basta afirmar la responsabilidad de la Administración sino que es necesario investigar cual de las personas administrativas debe responder de las consecuencias del ilícito. En otras palabras, hay que precisar cual es el sujeto a que ha de imputarse una determinada actuación administrativa.

Las personas jurídicas o personas administrativas son las siguientes: a) la Nación, es decir, la personificación de la Administración Central (Ley 153/87, art. 80); b) los Departamentos (ib.); c) las Intendencias y Comisarías (Ley 2ª/43, art. 1º); los Municipios (Ley 153/87, art. 80); d) las Areas Metropolitanas y Asociaciones de Municipios (C. N. art. 198); e) los establecimientos públicos descentralizados en los órdenes nacional, departamental y municipal (D. 1050/68, art. 5); f) las empresas industriales y comerciales del Estado en los mismos órdenes (ib. art. 6º); y g) las sociedades de economía mixta (ib. art. 8º).

En relación con las empresas industriales y comerciales del Es-

(9) (Cfr. Vidal Perdomo, Jaime, "Derecho Administrativo General", Temis, Bogotá, 1966, p. 543).

tado y las Sociedades de Economía Mixta, es necesario tener en cuenta que, si bien forman parte de la Administración Pública, el régimen de su responsabilidad se ciñe a las mismas reglas a que se sujetan los particulares. En efecto, el D. 3138/68 en el artículo 31 dice que los actos y hechos que las mencionadas entidades "realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

Aunque, en principio, cada entidad pública goza de personería jurídica y, por consiguiente, constituye un sujeto de derechos y obligaciones distinto de las demás personas de derecho público, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiende a ver en la creación de las diversas entidades públicas un simple mecanismo administrativo que no puede ocultar la identidad existente entre todas las personas estatales.

Así, en un fallo del 17 de noviembre de 1967, el Consejo se expresó del modo siguiente: "Para efectos de la responsabilidad, se ha hecho la objeción de que el Estado, en caso de subversión, por no poder actuar conforme a su misión ordinaria, desaparece, y que por lo mismo desaparece también el ente responsable. Pero lo que ocurre es que si ciertamente el Estado puede cambiar de forma, según la mentalidad de quienes estén al comando, siempre hay un Poder, así se ejerza en forma más o menos regular, y así sea su origen más o menos legítimo o ilegítimo. Así y todo, es obvio que el substratum del Estado es la Nación y que la Nación no ofrece esas fugacidades. Por eso ella, que es la definitiva beneficiaria de las rectorías provechosas, es también la que responde en definitiva por los actos y hechos perjudiciales. Mientras que el Estado es un instrumento, la Nación es el sujeto a quien ese instrumento debe servir, que se aprovecha de él, y que no puede recibir con beneficio de inventario el resultado de sus acciones. Todo conduce a indicar que en la esfera más amplia, y ante el desequilibrio de las cargas públicas, siempre se encontrará el sujeto responsable. La Nación es la que responde". (10)

Y en sentencia del 2 de agosto de 1963, la misma corporación sentó la siguiente doctrina: "La regla fundamental del establecimien-

(10) Derecho Colombiano, enero/68, No. 73, p. 40.

to público es que su patrimonio, —segregado del ordinario de la persona estatal que lo organiza para afectarlo exclusivamente al fin de servicio a que ella lo destina—, sigue siendo un elemento del respectivo patrimonio oficial y no puede perder este carácter... Desde luego, es obligada consecuencia jurídica, según nuestras normas institucionales, que la correspondiente persona estatal responderá con su patrimonio de las obligaciones contraídas por el establecimiento cuando quiera que el afecto a éste no resultará suficiente por sí solo para solucionarlas. Ello se debe a que la personalidad del establecimiento público es tan solo, como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, un desdoblamiento de la persona estatal que lo crea y lo dota, destinándole determinados bienes de su patrimonio. Esta afectación o destinación, se repite, no equivale a por sí misma a enajenación. Es apenas un procedimiento para que el servicio se preste mediante el empleo de los bienes que se le destinan, los cuales naturalmente se comprometen en todos los negocios jurídicos que el establecimiento celebre dentro de su objeto. Mas, la potestad y el deber de mantener el servicio en las mejores condiciones posibles corresponden, por imperio de la Constitución y de la Ley, a la persona de Derecho Público". (11)

10).- La actividad administrativa es la desarrollada por las personas jurídicas públicas. Pero éstas, por su carácter ideal, solamente pueden realizar sus fines valiéndose de la actividad que las personas físicas ponen a su servicio. No puede hablarse, en términos reales, de comportamientos de las personas jurídicas. Sin embargo, el derecho imputa determinadas conductas humanas a las personas jurídicas y es en virtud de una norma atributiva como puede decirse que dichas entidades actúan en la vida jurídica, económica, etc.

La doctrina, en general, considera que la actividad administrativa es la realizada por los individuos que tienen la calidad de funcionarios públicos, siempre y cuando lo hagan en ejercicio de sus funciones. Se trata, desde luego, de funcionarios adscritos a la rama ejecutiva, o mejor, a cualquiera de los entes personalizados que la integran.

La noción de funcionario público se toma en un sentido amplio, que no siempre coincide con los textos legales. Estos, en realidad, no ofrecen un concepto preciso de lo que ha de entenderse por "fun-

(11) Derecho Colombiano, abril/66, No. 52, p. 412.



cionario público". Por ejemplo, la definición del artículo 5º del D. 1732/60 no pretende tener efectos generales. Se trata de un concepto instrumental para la reglamentación de la carrera administrativa y el servicio civil. Es así como quedan excluidos de la categoría de los funcionarios públicos "quienes prestan al Estado servicios *ocasionales*, como los peritos; *obligatorios*, como los jurados de conciencia o de votación; *temporales*, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o de una obra". (D. 1732/60, artículo 1º in fine).

La definición más amplia es la que trae el artículo 5º del C. de R. P. y M.- Dice el texto citado que "son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos cálidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber:

"1ª).- Los magistrados, que son empleados que ejercen jurisdicción o autoridad;

"2ª).- Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados, y

"3ª).- Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar aún sin tener la calidad de empleado".

Creemos que esta definición, bastante vaga, puede mejorarse, sin que pierda su sentido, con el concepto de funcionario público que brinda Sayagués Laso y su consiguiente explicación. El ilustre jurista uruguayo considera como funcionario público a "todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal". (12)

Este concepto, según el autor citado, contiene tres elementos esenciales:

"a) Ejercicio de *funciones públicas*, cualesquiera sean. Es indiferente su naturaleza. Son igualmente funcionarios los que ejercen funciones administrativas, como los que tienen a su cargo funciones legislativas o jurisdiccionales; los agentes políticos como los que no lo son; los funcionarios llamados de carrera y los que ejercen fun-

(12) (Sayagués Laso, op. cit., p. 263).

ciones con carácter transitorio o accidental; los que actúan mediante remuneración o los meramente honorarios; etc.

"b) La actividad debe prestarse en entidades estatales, es decir, *incorporados* a ellas, constituyendo uno de sus elementos integrantes. Esa incorporación tiene lugar por los distintos procedimientos que el derecho prevé: designación, elección, etc. No interesa que la incorporación sea voluntaria o forzada. Corrientemente ocurre lo primero; pero en ciertos casos, como en el servicio militar obligatorio, pasa lo segundo.

"Si no hay incorporación a la actividad estatal se está en presencia de otras figuras jurídicas, algunas de las cuales entran en la denominación de colaboradores, que ha popularizado la doctrina: los concesionarios de servicios públicos, los particulares que prestan su actividad mediante contratos de obra o de servicio, los que cumplen ciertas cargas públicas, etc.

c) La prestación debe realizarse en una *entidad estatal*, cualquiera sea ésta: Estado, provincias, municipios, entes descentralizados, etc. Por consiguiente, no son funcionarios públicos los empleados de las empresas concesionarias de servicios públicos, ni los que trabajan en empresas públicas no estatales". (Las subrayas son del texto) (13).

Esta definición se refiere a todos los funcionarios públicos. Debemos recordar, sin embargo, la salvedad que hicimos atrás: solamente ejercen actividades administrativas los funcionarios vinculados a la rama ejecutiva del poder público.

La incorporación es el elemento que permite distinguir a los funcionarios públicos de otros individuos que de alguna manera se vinculan con el Estado. Para emplear la terminología de Gacía Oviedo, diremos que dicho elemento diferencia a las personas que actúan *por* el Estado de aquellas que actúan *para* el mismo (14). Los actos de las primeras son referibles al ente público; los de las segundas no lo son, aunque se ejerzan con miras a la satisfacción del interés público.

11).- Vamos a referirnos con más detalles a la incorporación. A nuestro modo de ver, este fenómeno, cualquiera que sea su origen, se manifiesta de dos maneras:

a).- En los *representantes* de las personas públicas, es decir, en

(13) Sayagués Laso, op. cit. p. 263-4).

(14) (V. García Oviedo, Carlos, "Derecho Administrativo", Madrid, 1962, T. II, p. 64).

aquellos que tienen el cometido de producir actos jurídicos a nombre de las entidades administrativas. Estas, para el cumplimiento de sus fines, necesitan actuar en la vida jurídica, emitiendo declaraciones de voluntad, unilaterales o bilaterales, tendientes a producir efectos de derecho. Esa función, como es obvio, solamente la pueden realizar a través de las personas físicas, a las cuales se les asignan funciones de representación. La representación, como es sabido, consiste en que los actos de una persona, por disposición del derecho (la ley o el contrato) radican en cabeza de otra. Así, los actos de los representantes de las personas públicas, verificados en ejercicio del poder de representación, se entienden celebrados por la entidad representada.

Entonces, todo individuo que por disposición del derecho tenga el cometido de producir actos jurídicos a nombre de las entidades administrativas, se entiende incorporado a éstas.

La doctrina mayoritaria, sobre todo después de la célebre exposición de Michoud, prefiere hablar de órganos de las personas jurídicas, en lugar de representantes de las mismas. Se estima que la teoría de la representación es inaplicable al Estado, pues no se concibe quien pueda dar a éste tal o cual representante. En efecto, la representación es legal o voluntaria. La primera es impuesta por la ley; la segunda nace de la autonomía de la voluntad. Ninguna de estas formas le cabe al Estado porque éste es quien hace la ley, es decir, que previamente al derecho del Estado, debe existir algún sujeto que actúe por él y encarne su voluntad. En segundo término, el Estado no puede elegir entre tener representantes o carecer de ellos, que es el supuesto de la representación voluntaria. Por último, se considera que los órganos de las personas jurídicas tienen una capacidad más amplia para comprometerlas que los de los meros representantes, legales o convencionales, frente a sus representantes. (15)

La primera objeción no es decisiva. Los funcionarios públicos actúan a nombre del Estado por disposición de la Constitución o de la ley. Hay normas de imputación previas a ellos. El problema radica, más bien, en señalar la calidad del autor de las normas supremas de atribución, es decir, del constituyente del Estado. Antes de la constitución del Estado, no existen normas de derecho interno que le se-

(15) (Vid. Sayagués Laso, op. cit., p. 178 y ss.).

ñalen determinado representante. Esto parece indicar que quienes gozan del poder constituyente actúan en calidad de órganos del Estado. Sin embargo, si se mira el asunto desde la perspectiva del Derecho Internacional y se entiende que la función esencial de éste consiste en fijar los ámbitos de validez de los diversos órdenes estatales, puede pensarse que el constituyente obra en virtud de una norma atributiva de competencia de Derecho Internacional. Se trata de una norma muy amplia, según la cual todo individuo o grupo de individuos que efectivamente detenten el poder dentro del Estado o dentro de un grupo que pretenda constituirse en Estado, gozan del poder jurídico de representarlo.

La representación del Estado procede, entonces, del Derecho Internacional y del Derecho Interno. En algunos casos, puede hablarse de una representación voluntaria, como cuando se encarga a un abogado de la función de representarlo en juicio.

La última objeción es de menor entidad. Es cierto que el poder de representación de los agentes públicos es, por ciertos aspectos, más amplio que el de los representantes ordinarios. Los actos celebrados en ejercicio de sus funciones se presumen válidos y, aún declarada su ilicitud o invalidez, pueden comprometer la responsabilidad de las personas públicas. Pero esto indica una forma amplia de representación y no una negación de su concepto. Aún con esa amplitud, es posible seguir considerando que los actos de los funcionarios, radican, en razón de una norma atributiva, en cabeza de las entidades representados por ellos.

b).- Los sujetos vinculados a las entidades públicas mediante una relación de trabajo, también se consideran incorporados a ella. Los actos materiales realizados por quienes se ligan a la Administración por una relación de trabajo, ejercidos en desarrollo de ese vínculo, tienen, en sentido amplio, el carácter de operaciones administrativas. De cierto modo, se entienden realizados por la Administración. Así, cuando la Administración resuelve realizar una obra con sus propios trabajadores, en lugar de valerse de los servicios de un contratista de obra, se dice que la labor es realizada por la propia Administración.

Por relación de trabajo no entendemos propiamente la nacida del contrato de trabajo. Ciertamente es que dicho contrato es la fuente más usual de la relación de trabajo; pero ésta puede tener otros orí-

genes, como el contrato de función pública, la imposición unilateral del Estado (servicio militar obligatorio), etc.

En la relación de trabajo, el prestador del trabajo pone a disposición de otra persona (patrono, empresario, etc.), *la propia energía de trabajo*, sin mirar a la obtención de determinado resultado y asume, por consiguiente, una obligación de hacer. Ahora bien, esa relación se caracteriza en forma decisiva por la "posición de *subordinación o dependencia*", en que el prestador del trabajo viene a encontrarse frente al empresario, y en virtud de la cual éste tiene el poder de *dirigir*, o sea *aplicar*, la energía de trabajo del prestador, hacia uno u otro objetivo o resultado, a su exclusiva elección. Del elemento "subordinación" deriva también para el prestador del trabajo "el elemento ausencia de riesgo económico" y además de "riesgo de trabajo"; el uno y el otro gravan sobre el empresario, porque son inherentes al concepto mismo de empresa; o bien gravan sobre quien se valga en beneficio propio, del trabajo ajeno subordinado". (16)

Mario de la Cueva enseña que "la esencia de la relación de trabajo estriba en que el patrono se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros, según convenga a los fines de la empresa". Más adelante, dice que en la relación de trabajo el trabajador "subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa". (17)

Por regla general, el patrono o empresario que se sirva del trabajo subordinado de otros, debe una compensación de contenido, complejo, cuyo elemento principal es el salario. Sin embargo, no se excluye de modo absoluto la posibilidad del trabajo voluntario no remunerado.

Este concepto de trabajo dependiente, que ha sido ampliamente desarrollado en el derecho laboral, permite explicar la manera como el prestador de trabajo queda incorporado a la organización que se beneficia de su fuerza de trabajo. La relación de trabajo implica ostensibles limitaciones a la libertad del trabajador, pues el contenido, las finalidades y los resultados de su esfuerzo le vienen dictados por el patrono, quien se beneficia o perjudica directamente de la ges-

(16) (Messineo, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", EJEAs Bs. Aires, 1955, T. V., p. 250).

(17) (De la Cueva, Mario "Derecho Mexicano del Trabajo", Porrúa, México, 1943, T. I, ps. 404-7).

tión del trabajador, es decir, asume el riesgo del éxito o el fracaso de la empresa. Guardadas las debidas proporciones, puede decirse que el trabajador viene a ser un mero ejecutor de la voluntad del patrono. En el caso de las personas jurídicas, se convierte en instrumento de la voluntad de los representantes de aquéllas.

Por no ejercer funciones de representación o no estar vinculados a las personas públicas por una relación de trabajo dependiente, los concesionarios, los contratistas de obras y servicios, los transportadores y otras personas cuyos servicios benefician a la Administración o le ayudan a alcanzar sus fines, no se entienden incorporados a ella. Se trata de sujetos que no actúan *por* la administración sino *para* ella, aunque, en cierta medida, sus labores sean susceptibles de control por las autoridades administrativas.

12).- Diremos, en seguida, algunas palabras sobre el contenido y las formas de la actividad administrativa.- Sayagués Laso considera que la actividad administrativa "tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales. Quiere decir que el contenido de la actividad administrativa es doble: por un lado, declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos; por otro lado, realización de hechos". (18)

Los cometidos estatales son las tareas o actividades que el derecho pone a cargo de las entidades públicas. Las actividades del Estado son muy variadas, sobre todo en la época moderna, en la que el Estado ha asumido una postura marcadamente intervencionista. El Estado tiende a controlar cada vez con mayor rigidez las actividades privadas; además, se inclina a multiplicar los servicios públicos. Ya no se somete a prestar sólo los tradicionalmente llamados servicios esenciales, como los de defensa, de policía, de justicia, de obras públicas, etc., sino que extiende su radio de acción a un número creciente de actividades.

Las múltiples actividades del Estado se realizan de diversas maneras. A veces, el cometido se cumple con la expedición de una norma jurídica general, impersonal y abstracta. Pero lo más frecuente es que la realización plena del cometido fijado por el derecho requiera la expedición de actos jurídicos de efectos individualizados e, incluso, de la realización de operaciones materiales. Por ejemplo, si el

(18) (Sayagués Laso, op. cit., p. 381).

Estado estima necesario prestar un servicio determinado, es preciso expedir una norma que le atribuya ese cometido y organice el servicio. La labor le corresponde, en principio, al legislador. Pero ahí no se agota el cometido estatal. La norma hay que aplicarla. Para ello, es menester procurarse los medios humanos y materiales para la prestación del servicio. Esos medios pueden obtenerse mediante contratos de diversa índole (de función pública, de trabajo, de obras, de suministros, etc.), o acudiendo a la potestad de imposición unilateral del Estado (expropiación). Organizados los recursos, viene la prestación del servicio, lo cual exige la realización de operaciones materiales (la atención médica, el dictado de la cátedra, el expendio de los víveres, la explotación del yacimiento mineral, etc., según la actividad de que se trate). Igual acontece con la regulación y el control de la actividad individual. La norma general señala determinados requisitos para el ejercicio de una actividad y prescribe las sanciones para el caso de incumplimiento. Con frecuencia será necesario dictar reglamentos, conferir autorizaciones, expedir actos que definan una situación jurídica individual y permitan aplicar una situación jurídica general, imponer sanciones, en fin, si ello es preciso, llegar a realizar operaciones materiales de vigilancia, de control, de coerción, etc.

En los regímenes modernos, esa función de aplicación y realización del derecho general le corresponde a las autoridades administrativas. Las autoridades administrativas la realizan por medio de actos jurídicos, que pueden ser unilaterales o bilaterales, y de operaciones materiales. La noción de acto jurídico es bien conocida y no es necesario entrar a explicarla aquí. Recordaremos únicamente que el acto jurídico administrativo es toda declaración de voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos, si bien la doctrina, por su importancia, suele considerar que el acto administrativo es el unilateral de la Administración que produce efectos individuales o permite la aplicación de una situación jurídica general e impersonal a un caso concreto. Pero esto es cuestión de terminología que no viene al caso. A los actos jurídicos unilaterales se refieren los artículos 62 a 66 del C. C. A.

Lo interesante en este lugar es la determinación de los conceptos de operación y hechos administrativos, utilizados por el artículo 68 C. C. A. El Consejo de Estado dio una explicación acertada de esas nociones en un fallo publicado en los Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, p. 150 y ss. de 1961. Veremos en seguida los aspectos esenciales de la doctrina del Consejo sobre esta materia.

La noción de operación administrativa se vincula íntimamente con el concepto de acto administrativo. Este no siempre cumple las finalidades que pretende, mediante su mera expedición. Como lo vimos atrás, la norma debe ser desarrollada mediante actos jurídicos individualizados, que por definición son declaraciones de voluntad, y muchas veces es necesario acudir a la realización de actos materiales, también voluntarios, pero que tienen por objeto la producción de estos efectos jurídicos.

“La operación administrativa —sigue diciendo el Consejo— tal como surge de los artículos 68 y 83 del C. C. A., es generalmente el proceso de ejecución de la ley y de un acto. La norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. De allí que la operación sea la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho y que siempre esté vinculada mediatamente a la ley, e inmediatamente a un acto de la administración expreso o tácito.

“El acto y la operación, en sus diversas modalidades, constituyen siempre manifestaciones de la voluntad administrativa del poder público. Los actos materiales que forman la operación, no son más que el fruto de la actividad voluntaria y del obrar de la Administración. En razón de que se realizan materialmente, pudieran catalogarse como hechos administrativos, pero semejante apreciación llevaría a confundir dos conceptos que los estatutos diferencian”.

El artículo 68 C. C. A. habla de operaciones y de hechos administrativos. Sugiere con ello que se trata de nociones diferentes. El Consejo busca el criterio para diferenciarlas. La distinción no puede fundarse en la materialidad de los actos “porque ese elemento es común a ambos y sólo podría servir para establecer una identidad que los textos repelen. El criterio de distinción —asevera el Consejo— no puede ser otro que el aceptado universalmente por la ciencia del derecho para diferenciar el acto jurídico del hecho jurídico: la voluntad del agente. En principio, la idea de hecho jurídico sólo está limitada por la fuerza que las normas le otorguen para generar efectos de derecho. Cualquier suceso determinado por simples fenómenos físicos, por la conjunción de elementos naturales y humanos, o por la sola intervención del hombre, es un hecho jurídico *in genere*, siempre que la ley le asigne consecuencias de derecho. Pero esa concepción general ha sido desarrollada por la filosofía y la ciencia jurídicas en el sentido de estructurar dos categorías diferenciadas; el acto jurídico, como fruto de la voluntad humana: es esta la causa generadora, directa y necesaria del fenómeno de derecho; y el hecho ju-

rídico específico, como producto de las fuerzas naturales solamente, de la intervención mediata o indirecta del hombre, o de ambos factores coaligados. La voluntad no actúa como el elemento principal y determinante del suceso”.

En los hechos administrativos de que habla el artículo 68 C. C. A., “el querer de la Administración no actúa directamente. Es cierto que la actividad estatal es la ocasión para que se produzca el hecho, pero también es evidente que éste ocurre a pesar de que no se desea. Con motivo del ejercicio de la función administrativa, de la construcción de obras públicas, de las actividades de defensa nacional, de la prestación del servicio, o de la ejecución de una operación, etc., pueden ocurrir hechos contrarios a la voluntad de la administración, como el derrumbe de una obra, el estallido de un polvorín, o un accidente ferroviario. Esos hechos pueden ser ocasionados por razón de un riesgo creado por la Administración o por faltas en la organización o en la prestación del servicio, pero no tienen origen directo en la voluntad administrativa del Estado. Esa nota característica impide que se les identifique con aquellos otros actos materiales que forman parte de la operación y que fueron realizados voluntariamente por la Administración”. (19)

En síntesis, el acto, la operación y el hecho administrativos tienen en común la materialidad: acontecen en el tiempo y en el espacio. El acto y la operación se parecen en que ambos son comportamientos voluntarios de la Administración, pero el primero busca producir efectos jurídicos mientras que la segunda pretende la aplicación en último grado del derecho. El hecho administrativo no es querido por la Administración, pero es el producto de su actividad.

Creemos que la explicación dada por el Consejo de Estado aclara suficientemente el sentido de las expresiones acto, operación y hecho administrativos. La distinción entre los dos últimos no había sido hecha hasta entonces con la claridad suficiente. El mismo Consejo, en oportunidades anteriores, no había logrado precisarlas. Por ejemplo, confundía las nociones de hecho administrativo y de vía de hecho, cuando ésta última no es otra cosa que la operación administrativa ilícita, como lo veremos posteriormente. (20)

Resta decir que acogemos la doctrina expuesta en cuanto a las definiciones que ofrece, pero no en lo relativo a la teoría del riesgo que se proclama en el texto que acabamos de transcribir. En el capítulo siguiente justificaremos nuestras reservas acerca de esa teoría.

(19) (Anales, T. LXIII, No. 392-6, 1961, p. 150 y ss.).

(20) (Vid., Ortega Torres, Jorge, “Código Contencioso Administrativo”. Temis, Bogotá, 1965, p. 182).

“EL ACTO ILÍCITO”

1).- El acto ilícito es la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica. Puede ser definido también como la conducta prohibida bajo la amenaza de una sanción jurídica, con lo que se da una idea más precisa del ilícito en derecho, pues como dice Kelsen, “porque una conducta está prohibida, o porque es la condición de una sanción, esa conducta es una transgresión. No hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*”. (subrayas textuales). (1)

Al decir que el acto ilícito es conducta, afirmamos que se trata de un comportamiento activo o pasivo del hombre. El ilícito no es solamente un fenómeno que acontece en el tiempo y en el espacio, susceptible de ser calificado como contrario a un precepto jurídico. Es, además, un hecho del hombre. En efecto, en último término el ser humano es el destinatario exclusivo del deber jurídico. Es dudoso que lo sea en razón de que es el único sujeto dotado de conciencia y voluntad, aunque este concepto constituya uno de los pilares del moderno derecho privado. Parece más bien que el fundamento radica en que las relaciones sociales solamente se dan entre seres humanos, y, precisamente, el objeto del derecho es la regulación de la conducta intersubjetiva, esto es, del comportamiento con respecto a los demás hombres. El hecho social, materia de la regulación jurídica, no se da sino entre seres humanos.

2).- Lo dicho indica que las personas jurídicas, que son realidades normativas no necesariamente vinculadas a un sustrato sociológico, no pueden ser agentes de comportamiento alguno, lícito o ilícito, por carecer de las condiciones psico-físicas necesarias para ello. Aún vinculadas a un sustrato sociológico, sólo vendrían a ser la personificación de un conjunto de relaciones entre hombres o de relaciones entre esas relaciones. (2)

No hay, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, actuaciones imputables a las personas jurídicas. Sin embargo, como lo señalamos en el capítulo anterior, hay comportamientos humanos que

(1) (Kelsen-Cossio, “Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho”, Ed. Kraft, Bs. Aires, 1952, p. 74).

(2) (Vid., Brimo, Albert, “Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de l'Etat”, Ed. A. Pedone, París, 1967, p. 420).

les son atribuidos en virtud de una norma jurídica que así lo dispone. El derecho reconoce la personalidad jurídica de los grupos, o de ciertas masas de bienes, o de ciertas organizaciones de recursos humanos y materiales que obedecen al concepto de empresa, independientemente de que en su formación se dé la voluntad de varias personas o de una sola, para obtener determinados efectos nomativos. En lo sustancial, hay razones de técnica social que aconsejan separar la titularidad de ciertos derechos y obligaciones de las personas físicas para atribuírselas a entes ideales. Es lo que ha sucedido, para dar un ejemplo pertinente, con el fenómeno de la "institucionalización del Poder" que consiste, en pocas palabras, en trasladar el derecho de mando de los jefes o gobernantes al Estado, es decir, de la persona individual concreta que lo ejerce a una entidad abstracta. (3)

Las personas jurídicas, incluídas las públicas, son sujetos de derechos y obligaciones. No pueden, empero, ejercer los unos ni cumplir las segundas sino mediante la actividad que las personas físicas ponen a su servicio. Necesitan, según vimos, incorporar personas físicas por medio de relaciones de representación o de trabajo para cumplir sus fines. Las personas físicas a quienes se atribuye la realización de los cometidos de las personas jurídicas están encargadas de ejercer por éstas los derechos de que son titulares y de cumplir las obligaciones que las gravan. Así como la adquisición o el ejercicio de un derecho de la persona jurídica por parte de sus agentes le son imputables a aquélla, también el cumplimiento o la inejecución de un deber suyo por el encargado de realizar el comportamiento correspondiente, le son atribuíbles a la entidad, haciéndola, por consiguiente, responsable de la infracción cometida.

Las obligaciones de las personas jurídicas no son solamente las contraídas por sus agentes en ejercicio del poder de representación de que gozan. Sobre ellas pesan deberes legales de varia índole, cuya inejecución las constituye en responsables. La Administración Pública, como lo explicaremos después, se halla vinculada de modo intenso al principio de juricidad; las personas jurídicas privadas están sometidas a deberes para con el Estado, como por ejemplo, pagar impuestos, cumplir ciertos requisitos sanitarios en sus instalaciones, llenar determinados trámites para importar los objetos que necesitan, etc. Es más, sus finalidades no se cumplen enteramente con la

(3) (Vid., Duverger, Maurice, "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", Ariel, Barcelona, 1962, ps. 48-9).

celebración de actos jurídicos. En realidad, el acto jurídico es un medio que se les brinda, entre otros, para la satisfacción de sus intereses, al igual que a las personas físicas. El objeto último de toda persona jurídica es la producción de bienes o la prestación de servicios; para ello necesitan no sólo celebrar actos jurídicos sino realizar operaciones materiales. Los servicios que constituyen el cometido de las personas jurídicas deben ser organizados y prestados de manera que no atenten contra los derechos de terceros. Si se organizan o se prestan de manera descuidada y de ahí se derivan lesiones a derechos ajenos, se viola el deber general de "diligencia y cuidado" que pesa sobre todos los que realizan algún comportamiento. A este deber se hallan sometidas las personas jurídicas por el hecho de manifestarse en la vida de relación. Son deberes de las personas jurídicas para con la sociedad en general, que deben ser cumplidos por los agentes encargados de organizar y ejecutar sus cometidos.

3).- La responsabilidad de las personas jurídicas se compromete necesariamente por el hecho ajeno, ya que no pueden actuar de ningún modo. Las teorías que fundan la responsabilidad de dichas personas en actuaciones que le son atribuíbles en virtud de la existencia de un vínculo biológico, psicológico o espiritual que las une con sus agentes y hace de éstos los meros instrumentos de un supuesto querer colectivo, son inverificables, al menos en el estado actual de nuestros conocimientos.

Con todo, la afirmación de que la responsabilidad de las personas jurídicas nace por el hecho ajeno, no obsta para proclamar su responsabilidad directa. A nuestro entender, los conceptos de responsabilidad directa o indirecta no coinciden con los de responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno. El criterio para reconocer la responsabilidad directa radica en la coincidencia entre el sujeto pasivo de la obligación violada y el sujeto pasivo de la sanción correspondiente. Si ambos sujetos se separan, de modo que la sanción recaiga sobre un sujeto distinto del obligado, la responsabilidad es indirecta. La distinción entre las responsabilidades por el hecho propio y por el hecho ajeno se funda en el autor material de la infracción. Si el autor material es el mismo sancionado, su responsabilidad nace del hecho propio. Por el contrario, cuando la sanción se dirige contra un sujeto distinto del agente de la violación, el sancionado resulta comprometido por el hecho ajeno. En consecuencia, la responsabilidad de la persona jurídica es directa si brota del incum-

plimiento de un deber que pesa sobre ella, e indirecta, si nace de la inejecución de un deber ajeno.

Estas distinciones básicas no han sido advertidas por la doctrina tradicional y por ello no se ha conseguido entender a cabalidad el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. De ahí que se haya llegado a pensar que dicha responsabilidad es indirecta porque las personas jurídicas no pueden desarrollar actividades propias por ineptitud ontológica; o directa, debido a que, de alguna manera, absorben o incorporan a sus agentes, cuya individualidad se desvanece misteriosamente en el ejercicio de la función, lo que se explica mediante símiles inaceptables con el acontecer natural; o que esa responsabilidad es directa si el autor de la infracción es un órgano de la persona jurídica, e indirecta si se trata de un mero subordinado.

Nos parece que en las anteriores explicaciones se ha incurrido en errores de método al no comparar las soluciones de la responsabilidad extracontractual con las de la contractual y no aplicar en debida forma el principio de la analogía al tratar de resolver cuestiones de responsabilidad de las personas jurídicas.

Las reglas sobre responsabilidad extracontractual fueron elaboradas teniendo en mente las actuaciones de las personas físicas. Al parecer, según el concepto de José J. Gómez, "ni el Código de Napoleón, ni el del señor Bello, ni legislación alguna del siglo pasado proveyeron sobre la responsabilidad aquiliana del sujeto jurídico, creación de la ley. Se legisló solamente para la persona física" (4) La responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas no ha tenido consagración legislativa expresa, salvo en lo tocante con las personas públicas. Razones de equidad movieron a los Tribunales a reconocer la responsabilidad extracontractual de dichas entidades, con fundamento en la aplicación analógica de las reglas sobre responsabilidad de las personas físicas. Ahora bien, en la responsabilidad de las personas naturales lo primero que parece advertirse es la distinción entre la responsabilidad por el hecho propio (arts. 2341 y 2356 C. C.) y la responsabilidad por el hecho ajeno (arts. 2347 y 2349 C. C.), con ostensibles diferencias normativas entre las dos (arts. 2352 y 2358 C. C.). No se profundizó en el contenido de la distinción, la cual se adapta a los modos de obrar de las personas físicas, y se quiso aplicarla a las personas jurídicas, teniendo siempre como mo-

(4) (Crónica Judicial, 1964, No. 297, p. 37).

delo a las personas naturales. Se ha querido estudiar, entonces, cómo obran naturalmente las personas jurídicas. Más por ese camino no podía avanzarse mayor cosa, pues las personas jurídicas no actúan naturalmente en ningún sentido. Como lo dijimos atrás, la doctrina ha vacilado mucho en esta cuestión; es más, ha llegado a aplicar soluciones contrarias a casos similares, destruyendo así el principio de analogía, como pasamos a verlo en seguida.

Consideremos primero la tesis de la responsabilidad indirecta de la persona jurídica. Por ejemplo, debido a una falla en la organización de una empresa resulta lesionado un tercero. Si el propietario de la empresa es una persona jurídica, responde de modo indirecto; si, por el contrario, se trata de un empresario individual, éste responde directamente, pues violó el deber de organizar con diligencia y cuidado la prestación de sus servicios. Este es un deber que pesa sobre todos los empresarios, individuales y colectivos, pues surge del hecho de poner a funcionar bajo su riesgo y beneficio un género de actividades. No se ve, por lo tanto, una razón valedera para aplicar soluciones diferentes a dos casos similares.

La tesis de la responsabilidad directa, tal como se ha venido enseñando, conduce a contradicciones parecidas. Tómese por caso al conductor de un vehículo que, por violar una regla de tránsito, ocasiona un accidente. Si está al servicio de una persona natural, ésta responde indirectamente; pero si su patrono es una persona jurídica, la responsabilidad de ésta es directa. Ahora bien, las reglas del tránsito van dirigidas generalmente a los conductores de vehículos; sus destinatarios no son, por lo común, los patronos, o los propietarios. La responsabilidad en la hipótesis contemplada surge de la violación de un deber cuyo sujeto pasivo es el conductor del vehículo. Tampoco se advierte aquí la justificación para aplicar dos soluciones contrarias a casos similares.

Los ejemplos que acabamos de considerar muestran que la manera de encarar satisfactoriamente el problema está en la apreciación del deber violado y no en buscar el modo como obran naturalmente las personas jurídicas. Enfocado así el asunto, se hace luz sobre el contenido de las reglas de los arts. 2341 y 2356 C. C. y 2347 y 2349 C. C.

Los arts. 2341 y 2356 C. C. tratan de la responsabilidad del autor del daño por "su delito o culpa" o "por malicia y negligencia suyas", esto es, por violación de sus propios deberes; los arts. 2347 y 2349

C. C. se refieren a la responsabilidad por hechos ajenos, en los que no hay violación de deberes del responsable indirecto. Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad indirecta se funda en la culpa in vigilando o en la culpa in eligendo, es decir, que hay de parte del responsable indirecto la violación de un deber suyo, pero esas teorías no se ajustan a nuestro derecho positivo, que no permite salvar la responsabilidad probando la vigilancia o la elección esmeradas del autor del hecho, salvo el caso excepcional del artículo 2347 in fine (vid., infra N° 4).

Ahora bien, si la responsabilidad directa por el hecho ajeno no aparece con claridad en el artículo 2341 y ss., los artículos 1506 y 1738 C. C. permiten afirmarla en la responsabilidad contractual, con lo que se advierte que no se trata de un evento exótico sino de una solución basada en el derecho positivo. El artículo 1506 considera el fenómeno de la representación; dice así: Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo". El representante facultado para cumplir una obligación contractual del representado, es decir, para ejecutar un acto jurídico a su nombre, compromete directamente la responsabilidad contractual del deudor si incumple su encargo o lo cumple mal. Por su parte, el artículo 1738 C.C. dice que "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable", de donde se infiere que, por ejemplo, el hecho o culpa del dependiente que impiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales del patrono son imputables a éste.

La comparación de las soluciones de la responsabilidad contractual con las de la responsabilidad extracontractual es factible, pues, como lo ha demostrado la doctrina moderna, las diferencias que separan a la una de la otra son accesorias y no de naturaleza. La fecundidad de este método comparativo la seguiremos advirtiendo más adelante, particularmente en los problemas de la culpa y el daño. Digamos de una vez sobre lo primero, que la admisión de la culpa contractual de las personas jurídicas, radicada en sus representantes y agentes, permite suponer la culpa aquiliana de dichas entidades. (5)

4).- Las explicaciones anteriores pueden parecer inconducentes porque en materia administrativa existen disposiciones que, sin lugar

(5) (Vid., Vodanovic, Antonio, "Curso de Derecho Civil", Ed. Nascimento, Santiago, 1962, T I. V. II, p. 356).

a dudas, consagran la responsabilidad directa de las personas públicas. Los artículos 62 y ss. del C. C. A. hablan de indemnizaciones por actos, operaciones y hechos administrativos; de modo más explícito, los artículos 30 y 32 del D. 528/64 tratan de la responsabilidad de la Administración "por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho" (subrayamos nosotros).

Sin embargo, a pesar de los textos citados el problema de la responsabilidad directa o indirecta de las personas públicas sigue vigente. En efecto, ahí se habla de actos, operaciones y hechos de la Administración, pero no se dice cuando hay en verdad manifestaciones administrativas. Por lo tanto, no se resuelve la cuestión de cuando el acto del agente es imputable a la Administración y cuando se trata de un acto personal. El criterio propuesto por nosotros, fundamentado en el Código Civil, permite decir que cuando el agente público en ejercicio de sus funciones viola un deber de la Administración, ésta responde directamente; pero si infringe un deber personal suyo, la responsabilidad administrativa se compromete de modo indirecto.

El régimen del C. C. A. y del D. 528/64 se refiere expresamente a la responsabilidad directa de la Administración. No habla de la responsabilidad indirecta. Con todo, pensamos que ésta última puede fundarse en la aplicación analógica del artículo 2349 C. C., pues no hay razón para que el Estado, como los demás patronos, deje de responder por ciertas faltas personales de sus subordinados.

La jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado no admite la responsabilidad indirecta del Estado, fundada en el artículo 2349 c. C., porque, según se dice, la responsabilidad de que trata dicho artículo nace de las supuestas culpa in eligendo o in vigilando del patrono. Ahora bien, se alega que el Estado, como tal, no puede incurrir en culpa, o que no tiene libertad para la selección de sus agentes, o que le es imposible vigilarlos; en fin, se dice que el Estado no puede incurrir en las mencionadas culpas in eligendo e in vigilando, consistente la primera en un error en la selección del agente, y, la segunda, en un error en su vigilancia.

Esta objeción carece de vigor porque la responsabilidad de que tratan los artículos 2347 y 2349 C. C. no tiene fundamento en tales culpas. Como lo observamos atrás, las personas encargadas del cuidado de otras y los patronos no se liberan de responsabilidad probando la ausencia de culpa en la elección o en la vigilancia de las personas por quienes responden. En algunos casos de los contemplados



en el artículo 2347 C. C. no puede hablarse de elección de las personas a cargo. Además, ni en el artículo 2347 ni en el 2349 se alude a la elección para sustentar la responsabilidad indirecta. En cuanto a la vigilancia, es verdad que los artículos 2347 y 2349 se refieren a ella para excluir la responsabilidad en algunos casos en que ha sido ejercida. Sin embargo, no es una idea decisiva para fundamentar la responsabilidad indirecta.

Veamos: el inciso final del artículo 2347 dice que los padres, guardadores, etc., quedarán liberados de responsabilidad "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". Esto supone haber ejercido efectivamente la vigilancia sobre las personas a cargo. Sin embargo, hay casos en que la vigilancia es imposible y su falta, por consiguiente, no puede imputarse a culpa. A pesar de todo, se incurre en responsabilidad.

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

La exoneración de responsabilidad de que trata la parte final se debe más al *modo impropio* de la conducta del subordinado que a la vigilancia ejercida por el patrono. Si el subordinado obra de "modo impropio", el patrono se libera siempre y cuando no haya tenido medio de preverlo "empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente". Por el contrario, si el modo impropio de la conducta del subordinado era previsible o evitable mediante una vigilancia ordinaria, el patrono responde. Ahora bien, la responsabilidad del patrono se compromete siempre que el subordinado obre de "modo propio", aunque lo haya vigilado en la forma más cuidadosa. De ahí se colige que no es la vigilancia del patrono sino el modo impropio no previsible de la conducta del servidor lo que en principio excluye la responsabilidad de aquél.

Según creemos, el *modo impropio* se refiere a una falta burda, particularmente grosera, casi imposible de prever. Tomemos por caso el de un cobrador que, en un acceso de cólera, golpea a un cliente

del patrón que demora el pago de una cuenta. Si el patrono conocía el carácter violento de su dependiente, o podía conocerlo mediante una vigilancia ordinaria, no queda libre de responsabilidad aunque haya ejercido hasta el máximo su autoridad. En cambio, si las manifestaciones del carácter del dependiente no daban lugar a pensar que llegaría a obrar de ese modo, el patrono no compromete su responsabilidad, así se pruebe que no lo vigilaba con la debida atención.

Más que en el principio de la culpa, los artículos 2347 y 2349 parecen fundar la responsabilidad indirecta sobre la idea de garantía o de riesgo. No se trata de una garantía absoluta del riesgo creado por las actividades de las personas a cargo o de los dependientes, pues ese riesgo debe desenvolverse dentro de ciertas condiciones. En efecto, la actividad excesivamente anormal de los hijos, pupilos, etc., o de los criados o sirvientes excluye la responsabilidad indirecta.

La objeción esgrimida contra la aplicabilidad del artículo 2349 C. C. a los casos de responsabilidad pública no es válida. Advertimos, eso sí, que el artículo 2347 C. C. no sirve de fundamento a la responsabilidad indirecta del Estado porque las relaciones que lo atan a sus agentes no son análogas a las de los padres con los hijos, etc.

5.- La distinción entre la responsabilidad directa y la responsabilidad indirecta no tiene solamente un valor sistemático. De ella se desprenden consecuencias importantes, como pasamos a verlo en seguida.

a) En primer lugar, el ámbito de la responsabilidad directa es más amplio que el de la indirecta. La primera cubre la responsabilidad por violación del principio de legalidad, la contractual y la extracontractual. La segunda se circunscribe prácticamente a la responsabilidad extracontractual. En la contractual se presenta el caso de las obligaciones de garantía, cuyo modelo lo constituyen las nacidas de la fianza, pero es excepcional que el Estado pueda celebrar el contrato de fianza para garantizar obligaciones particulares.

b) En la mayoría de los casos de responsabilidad es necesario apreciar el elemento culpa de parte del agente del ilícito. Pero en la responsabilidad directa, ese elemento y las causales de exclusión de responsabilidad (caso fortuito y fuerza mayor) se miran en relación con la Administración entera y no solamente con respecto al agente, como sucede en la responsabilidad indirecta.

c) En la responsabilidad directa la víctima sólo tiene acción contra un responsable, mientras que en la responsabilidad indirecta puede elegir o acumular las acciones contra dos responsables: el agente (responsable directo) y la Administración (responsable indirecto). En la responsabilidad directa por el hecho ajeno la víctima no puede considerar que la lesión se originó en el acto del agente sino en la entidad representada por aquél. Esta conclusión es clara en la responsabilidad por violación del principio de legalidad y en la contractual. En efecto, la primera supone el examen de la validez del acto administrativo y ello sólo es posible a la Administración y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En la responsabilidad contractual, los actos del representante obligan al representado, dentro de los límites trazados por la ley o el contrato. En nuestro concepto, estas soluciones son aplicables por analogía a la responsabilidad extracontractual directa.

d) No cabe duda que la jurisdicción competente para conocer de las causas de responsabilidad directa de las entidades públicas es la contencioso administrativa (D. 528/64, artículos 30 y 32) salvo lo dispuesto por el D. 3130/68 acerca de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta. En cuanto a la responsabilidad indirecta, nos atrevemos a pensar que su conocimiento esta atribuido a la jurisdicción ordinaria. Esta parece ser una de las cuestiones de mero derecho privado de que conocen los jueces civiles (D. 528/64, artículo 6). Aquí no hay una confrontación directa entre la persona pública y la víctima, es decir, no se trata de la responsabilidad de la administración "por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho", sino de una actuación personal del agente, violatoria de un deber suyo como particular que, en virtud del artículo 2349 C. C., compromete a la entidad administrativa correspondiente. Objetivamente, es una relación de derecho privado entre el agente y la víctima, en la que interviene por accidente la Administración Pública.

e) Las consecuencias de mayor alcance práctico se dan en materia de prescripción. La acción de responsabilidad indirecta prescribe en tres años contados desde la perpetración del acto (artículo 2358 C. C.). La acción de responsabilidad directa no tiene un término fijo de prescripción; ésta varía según los casos: en la responsabilidad por violación del principio de legalidad de los actos de la Administración, la acción prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación, o ejecución

del acto (artículo 83 C. C. A.). Si se trata de hechos u operaciones administrativos, las acciones pertinentes prescriben a los tres años siguientes a la realización del hecho o de la operación (D. 528/64, artículo 28). En cuanto a la responsabilidad contractual directa, como no hay normas administrativas expresas, se aplica, por analogía, el régimen del Código Civil, que contempla prescripciones de largo y de corto tiempo de acuerdo con las obligaciones de que se trate. El principio general es el de la prescripción veintena (Ley 50/36, artículo 1º).

f) Tanto en la responsabilidad directa como en la indirecta la Administración puede repetir contra el autor del daño. Pero la causa de las acciones no es la misma. En la responsabilidad indirecta se trata de la acción autorizada por el artículo 2352 C. C.; en la responsabilidad directa la acción surge en cuanto pueda imputarsele al agente la violación del vínculo que lo ata a la Administración.

g) Estudiaríamos por separado la responsabilidad directa y la indirecta de la Administración. En los capítulos siguientes nos ocuparemos de la responsabilidad directa por violación del principio de legalidad, por incumplimiento de obligaciones contractuales y por infracción del "deber de diligencia y cuidado". Posteriormente ha- blaremos de la responsabilidad indirecta.

Hemos dividido los deberes de la Administración en tres grupos, a saber: a) Los comprendidos dentro del principio de legalidad; b) Las relaciones obligatorias, particularmente las nacidas de actos contractuales; y c) Los deberes indeterminados, cuyo conjunto principal lo componen los derivados del principio "neminem laedere"; se trata, en otras palabras, de la tradicionalmente llamada "responsabilidad extracontractual".

La violación del primer grupo de deberes se estudia a través de las reglas de los artículos 62 a 68 del C. C. A. El ilícito contractual se rige, en principio, por los preceptos del Código Civil, salvo algunas reglas especiales sobre contratos administrativos. La responsabilidad extracontractual está principalmente reglamentada en el artículo 2341 y ss. del Código Civil.

Solamente después de estudiar estos tres regímenes podremos apreciar las diferencias existentes entre ellos. Por ahora, bastenos anotar que están contenidos en textos legales diversos.

“VIOLACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD”

1).- El principio de legalidad es una de las notas características del moderno Estado de Derecho.- Suele ser definido como la sumisión de la organización y la actividad del Estado, particularmente de la Administración, al Derecho. Esta fórmula es imprecisa, pues toda organización política está sujeta al Derecho. Como dice Merkl, existe una conexión necesaria entre Derecho y Administración. En efecto, la Administración es esencialmente una función jurídica que sólo puede ser entendida “como aplicación del Derecho, y, en especial, como aplicación del derecho administrativo. Todo concepto jurídico de la Administración la determina como una actividad del Estado, sea cualquiera la forma en que cualifique esta actividad. Pero actividad del Estado no puede ser reconocida más que allí donde exista un precepto jurídico que exprese la voluntad del Estado para semejante actividad. Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado, nos permite poner en relación, referir al Estado, determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico. En la medida en que un precepto jurídico nos permite significar un obrar humano como acción estatal se nos ofrece —con la acertada terminología de Kelsen— como regla de atribución jurídica... El derecho administrativo no es sólo la condición sine qua non, sino condicio per quam de la Administración”, cualquiera sea la forma que se adopte. (1).

Esa conexión necesaria entre el Derecho y la Administración, común a todas las administraciones posibles, puede denominarse como “principio de juricidad de la Administración”. (2) La sumisión al derecho no es la nota distintiva de las administraciones modernas. También el Estado absolutista, al que pretende contraponerse el Estado de Derecho, se hallaba sujeto a la regulación jurídica. El célebre aforismo *Regis Voluntas Suprema Lex* era la expresión de la norma de competencia en las monarquías absolutas. Sin duda, la voluntad real, cualquiera fuera su contenido, valía como voluntad del Estado, pero

(1) (Merkl, Adolfo, “Teoría General del Derecho Administrativo”. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, ps. 211-2).  
 (2) (Merkl, op. cit., p. 212).

solamente el Rey podía querer por el Estado (3). La diferencia entre los dos sistemas radica en que en los tipos más acusados del absolutismo la norma de competencia es ilimitada, pues el titular no está sometido a deberes jurídicos por su ejercicio, mientras que en los Estados de Derecho la competencia debe ejercerse dentro de ciertos límites y hay sanciones jurídicas para el caso de excederlos.

2).- En sentido estricto, el principio de legalidad en los Estados Modernos significa que “toda la Administración habrá de realizarse basándose en las leyes”, es decir, que la ley es “condición de cada una de las acciones administrativas y, por tanto, de la Administración en su conjunto” (4). La estructura y el funcionamiento de la Administración; la forma de sus actos; su contenido; sus finalidades, etc., deben tener base legal y constituir el desarrollo de la voluntad suprema del Estado, contenida en la Constitución y las leyes. La administración sólo puede realizar lo que le está expresamente permitido, utilizando los procedimientos y buscando las finalidades señalados por las normas superiores, expedidas por organismos distintos a ella. El exceder los límites trazados por la Constitución y la ley abre la posibilidad de la aplicación de sanciones de diversa índole.

Sin duda, este principio no se da en pareja intensidad en los Estados contemporáneos. La tendencia actual se orienta a desvincular, al menos en parte, a la Administración de la ley. La Administración es aplicación mediata de la Constitución a través de la ley en algunos casos; se pretende que, en términos generales, la actividad administrativa sea aplicación inmediata de la Constitución, esto es, que la rama ejecutiva tenga competencia amplia para expedir leyes en sentido material. Algo de esta tendencia hay en nuestro derecho, como lo veremos en seguida.

3).-La vinculación intensa de la Administración al Derecho es un principio capital de nuestro sistema jurídico. El artículo 2º C. N. señala que “la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”. Los términos constitucionales precisan la conexión de que hablamos: “No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, dice el artículo 63 C. N. y el artículo 20 C. N. dispone que

(3) (Merkl, op. cit., p. 214).  
 (4) (Merkl, op. cit., p. 221).

“los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes”, mientras que “los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”. Lo anterior significa que los particulares pueden hacer todo lo que no les está expresamente prohibido, en tanto que la Administración sólo puede realizar aquello que le esté manifiestamente permitido.

En tesis general en nuestro derecho se impone el principio de que la Administración consiste en aplicación de la ley formal. “Corresponde al Congreso hacer las leyes”, dice el artículo 76 C. N., y al Presidente, como suprema autoridad administrativa, le toca “promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento” para lo cual se le confiere el poder de “ejercer la facultad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes” (artículo 120, ords. 2º y 3º C. N.).

Por vía de excepción, el ordenamiento constitucional otorga ciertas facultades al Presidente, que pueden ser ejercidas sin mediación de la ley formal, y le permite hacer uso de atribuciones legislativas por delegación del Congreso o por circunstancias extraordinarias. Son los casos de los reglamentos constitucionales y de los decretos dictados con base en los artículos 76, ords. 11 y 12, y 14 y 121 de la Constitución. (5)

Pero en general, la organización del servicio público, la decisión sobre los ingresos y gastos gubernamentales, la intervención estatal en la economía, la autorización o la aprobación de los contratos de la Administración Nacional, son atribuciones del Congreso, según los artículos 32 y 76 C. N. Estos ejemplos muestran de modo fehaciente la intensidad del vínculo que sujeta a la Administración con respecto a la Ley.

La Administración Pública en su conjunto está sometida a la ley y a los actos con vigor legislativo que expida la misma Administración. Ahora bien, como la Administración está jerarquizada, las personas de los órdenes inferiores deben sujetarse a los mandatos de las de los órdenes superiores. Así, las disposiciones de la Administración Central deben ser acatadas por las restantes personas ad-

ministrativas. Los departamentos y las intendencias y comisarías pueden tomar decisiones vinculantes para los municipios comprendidos dentro de sus respectivas jurisdicciones. Los Establecimientos Públicos y las Empresas Estatales deben sujetarse a la entidad de que se desmembran. Los funcionarios inferiores deben sumisión a los respectivos superiores jerárquicos. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la autonomía de las personas administrativas, que no es absoluta sino relativa.

El Capítulo VII del C. C. A., referente a “la jurisdicción contra los actos de la Administración”, señala las hipótesis de violación del principio de la legalidad administrativa, las sanciones a que dan lugar dichas infracciones y las acciones procedentes para aplicarlas. La sanción principal es la de nulidad del acto administrativo. Pero si de la actividad ilegal de la Administración se derivan lesiones a derechos civiles o administrativos de los particulares, la Administración incurre en responsabilidad patrimonial y debe reparar el perjuicio ocasionado, lo cual se obtiene mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción (artículos 67 y 68 C. C. A.).

4).- El Consejo de Estado explica el contencioso de plena jurisdicción en los términos que siguen:

“El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento del derecho y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67 C. C. A., la acción se desenvuelve en torno a estos tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella, y el acto violador de aquélla y éste. La decisión irregular de la Administración infringe la norma legal y afecta de contragolpe la situación jurídica amparada por ella. Ya no hay un sencillo cotejo entre el precepto transgredido y el acto transgresor, porque entre esos dos extremos se interpone el derecho subjetivo lesionado, cuya reparación constituye el objetivo principal del recurso. Este tercer elemento torna la simple violación en violación compleja, y la simple nulidad con restablecimiento”. (6)

5).- El restablecimiento del derecho particular violado se supedita a la irregularidad de la actuación administrativa. Estudiaremos en seguida las formas que asume dicha ilegalidad, es decir, las hipótesis de violación del principio de legalidad. Están consignadas en los artículos 62 a 67 del C. C. A., según lo dejamos anotado.

(5) (Ver, Vidal Perdomo, Jaime, “Derecho Administrativo General”. Temis, Bogotá, 1966, p. 333).

(6) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 204).

Debemos advertir que el campo natural de aplicación de las causales de ilegalidad es el de los actos administrativos. Por regla general, las operaciones administrativas sólo vienen a ser ilegales en razón de los actos administrativos que las preceden; el acto acusable es en tales casos el administrativo y no la operación, que es una mera secuencia de la decisión ilegal. Sin embargo, hay casos de operaciones administrativas ilegales en sí mismas, a pesar de la regularidad de la decisión administrativa que pretenden ejecutar. Dichas operaciones toman el nombre de "vías de hecho" y pueden ser analizadas a través de las causales de ilegalidad de los actos administrativos. En cuanto a los hechos administrativos, éstos pueden ser materia de la responsabilidad extracontractual, pero no del control de legalidad, porque no se trata de decisiones voluntarias de la Administración.

Según el Consejo de Estado, las hipótesis de violación del principio de legalidad son las siguientes:

"Primera: Que el acto impugnado viole una norma superior, es decir, una de las normas de derecho positivo a que se refieren los artículos 62 a 65 del C. C. A. En estos casos se plantea simplemente un problema de derecho. La solución debe surgir de la comparación de lo sucedido en el acto acusado con la disposición que se dice violada.

"Segunda: Que el acto haya sido expedido en forma irregular. Aunque este motivo podría asimilarse al anterior, puesto que la irregularidad tiene que consistir, como es obvio, en el quebrantamiento de una regla o norma, el motivo aquí contemplado parece concretarse a la violación o incumplimiento de las reglas procedimentales a que el acto hubiera debido ceñirse. También se plantea aquí una cuestión del derecho positivo, aun cuando precise demostrar los hechos constitutivos de las fallas en el procedimiento que fundamentan la acusación de irregularidad en la expedición del acto.

"Tercera: Abuso de las atribuciones propias del órgano o agente de la Administración que dictó el acto. Aquí se contempla la falta de competencia legal del funcionario o el desbordamiento de ella, lo cual presupone la existencia de una norma atributiva de competencia. Así, el abuso de poder queda configurado por el quebrantamiento de las normas positivas sobre facultades o atribuciones del órgano o agente de la Administración.

"Cuarta: Desviación de las atribuciones propias del órgano o agente de la Administración que profirió el acto". (7).

(7) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 316).

#### 6).- Violación objetiva de la norma superior.

A).- Este vicio está consignado en los artículos 62 a 65 del C.C.A.

El artículo 62 dice que "podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

Según el artículo 63, "las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales serán acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo. Los decretos, resolución y otros actos de los gobernadores son acusables por los mismos motivos y, además, por violación de las ordenanzas. Por las mismas causas y también por violación de los decretos y reglamentos de los gobernadores serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental".

El artículo 64 reza: "Los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios son anulables en los mismos casos y por los mismos motivos que las ordenanzas departamentales".

De acuerdo con el artículo 65, "son acusables igualmente los acuerdos y otros actos de los Consejos municipales en el concepto de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamentos del gobernador. Los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal serán anulables por los mismos motivos, y además, por violación de los acuerdos de los Consejos".

En los artículos transcritos se advierte la jerarquía de las normas en nuestro derecho público y el deber de las autoridades inferiores de someter a las disposiciones superiores. Esta causal tiene un contenido muy amplio pues permite apreciar en un todo la legalidad de la actividad administrativa. Aquí caben todos los actos que, sin incurrir en los vicios señalados específicamente, de alguna manera son contrarios a derecho.

B) A pesar de su amplitud, la doctrina suele concretar el estudio

de este vicio al objeto o contenido del acto administrativo. Como lo dice el Consejo de Estado, la solución acerca de esta irregularidad "debe surgir de la comparación de lo decidido en el acto acusado con la disposición que se dice violada" (Vid. Supra N° 5).

Según Argañarás, "la violación legal puede ser de tres maneras:

1) Cuando la autoridad administrativa, al producir el acto, se aparta *deliberadamente* en todo o en parte, de la norma legal que rige el acto; 2) Cuando al producir el acto, incurre en una equivocada interpretación de esa norma; o sea, el error de *derecho*; 3) Cuando por *error de hecho* acerca de la existencia, o de la apreciación de las circunstancias que, según la norma legal, debían determinar la producción del acto, ha incurrido por ello en una falsa aplicación de esa norma". (Las subrayas son textuales). (8)

Nuestra Jurisprudencia estudia la última de las formas de ilegalidad indicadas como una hipótesis especial de la desviación de poder por considerar que alude más bien a la motivación del acto que a su contenido.

C) En este vicio se incurre, además, por violación de la cosa juzgada o de derechos adquiridos.

Sobre lo primero trata el artículo 99 C. C. A., según el cual "ningún acto administrativo anulado o suspendido por los Tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la Corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

Acerca de lo segundo, dice el Consejo de Estado que "el principio fundamental de que el acto administrativo que reconoce y declara un derecho particular goza de la presunción de legalidad y es imperativo y obligatorio mientras no sea invalidado por los organismos jurisdiccionales competentes, domina todo el ámbito del derecho público. Esta doctrina aceptada universalmente, fluye de los artículos 62 y ss. del C. C. A., que establecen las acciones que es preciso poner en movimiento para destruir la fuerza jurídica que acompaña a esta clase de ordenamientos. La capacidad intrínseca que tienen esas de-

(8) (Argañarás, Manuel. "Tratado de lo Contencioso Administrativo". Ed. TEA, Bs. Aires, 1955, p. 429).

ciones para regular el derecho reconocido en ellas, se impone a los terceros, al Juez y al mismo órgano. El órgano jurisdiccional también está obligado a darles la plenitud de su valor jurídico, a menos que esté conociendo precisamente de la acusación directa dirigida contra el acto". (9)

El artículo 24 del D. 2733/59 señala que "cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

La violación de los deberes que hacen parte de relaciones obligatorias nacidas en las declaraciones unilaterales de voluntad de la Administración cabe dentro del contencioso de ilegalidad. Pero si el deber violado es constitutivo de una obligación contractual, el contencioso a que debe ser sometida la infracción es el de los contratos.

D) La aplicación del principio de la jerarquía de las normas plantea algunas cuestiones de difícil solución. Nos referimos especialmente al caso de una norma que esté en completa conformidad con la norma superior inmediata, pero ésta, a su vez, es violatoria de las restantes normas superiores. Por ejemplo, un decreto que está de acuerdo con la ley, pero ésta es inconstitucional; o un acto del gobernador dictado en desarrollo de una ordenanza inconstitucional.

Según el artículo 215 C. N., "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

El artículo 240 del C. de R. P. y M., dice que "el orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior.

"El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores.

"En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del alcalde y las órdenes superiores.

"Cuando la ley autorice al Gobierno o a algún empleado del

(9) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 249).

orden político para reglamentar un asunto departamental o municipal; cuando la ordenanza autorice al Gobernador o a algún empleado político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la ley u ordenanza en virtud de la cual se expidieron.

“Si el conflicto es entre leyes y ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor categoría”.

De los textos transcritos se desprende el principio de que el acto es anulable siempre que viole cualquier norma superior, aunque no sea la que lo preceda inmediatamente en el orden jerárquico. Así, el decreto dictado en desarrollo de una ley inconstitucional incurre en el vicio de inconstitucionalidad y es directamente acusable, aunque la ley no sea materia de la contención. Igual parece acontecer en el caso del decreto del Gobernador expedido en aplicación de una ordenanza inconstitucional o ilegal.

Con todo, este principio que encaja tan bien dentro de la lógica del sistema, parece estar sometido a varias restricciones. Así, el Consejo de Estado ha llegado a sostener que el decreto reglamentario de una ley inconstitucional sólo puede ser acusado por vicio de ilegalidad, más no por el de inconstitucionalidad, porque “en este evento tendría necesariamente qué decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la materia misma de la ley, lo cual está privativamente atribuido a la Corte Suprema” (10). La declaratoria de inconstitucionalidad hecha por el Consejo podría estar en contradicción con una decisión de la Corte que proclamara la exequibilidad de la ley reglamentada. Según esta doctrina, el Consejo no podría decidir sobre la inaplicabilidad de la ley sin exceder los lindes de su competencia.

En el caso de las ordenanzas inconstitucionales o ilegales se sigue una doctrina similar, con un fundamento constitucional muy plausible, pues el artículo 192 C. N. dice que “las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Consejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”. (11)

(10) (Anales, T. LXI, Nos. 382-6, 1955, p. 803).

(11) (Vid., Anales, T. LXV, Nos. 399-400, 1962, p. 210).

El problema no es sencillo pues se está en presencia de disposiciones positivas incongruentes o de efectos contradictorios. En materia de responsabilidad salta a la vista la importancia que hay entre decidirse por el principio general o por sus restricciones. Nosotros pensamos que el asunto puede encararse, en lo que toca con la reparación de las lesiones particulares, tomando en cuenta el rango superior que ostentan los preceptos sobre protección de los derechos y garantías individuales en la Constitución. El artículo 16 C. N. constituye, como lo anotamos anteriormente, una valiosísima norma de interpretación. La consideración de las finalidades del Estado Colombiano debe brindar un criterio decisivo para resolver las cuestiones discutibles del ordenamiento. Por consiguiente, en la materia que venimos analizando hay que decidirse por la solución más acorde con la garantía de los derechos particulares. Es decir, por el principio general.

E) La ilegalidad puede afectar también a la operación administrativa. Como lo dijimos atrás, la operación frecuentemente está ligada a una decisión previa y escrita de la Administración. En tales casos, su legalidad depende del acto que la precede. Pero si se trata simplemente de una decisión verbal o de la decisión ejecutoria de un acto administrativo escrito, no es necesario impetrar la nulidad del acto que pretende ejecutarse. Este puede ser válido, pero la decisión ejecutoria, por sí misma, puede ser irregular. En cuanto a la decisión verbal, ésta se manifiesta solamente en la operación administrativa. En tales hipótesis (decisión verbal irregular o decisión ejecutoria irregular de un acto válido), se impugna simplemente la operación administrativa, con base en el artículo 68 del C. C. A. (12)

La decisión verbal puede pecar por el vicio de forma si no está autorizado ese procedimiento expedito. El caso que nos interesa aquí es el de la operación no permitida por el ordenamiento. En tal hipótesis, la decisión, verbal o escrita, que da lugar a la operación, es ilegal. Su contenido es el de ordenar una actuación material prohibida. Según el Consejo de Estado, si el acto precedente es escrito, hay que solicitar su anulación dentro del término estrecho señalado para el efecto. Pero si se trata de una decisión verbal, se acusa directamente la operación, lo cual puede hacerse dentro de los tres años siguientes a su realización. (13)

(12) (Vid., Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 150 y ss.).

(13) (Anales, op. cit., p. 150 y ss.).

No creemos que esta distinción pueda sostenerse. En ambos casos, decisión ejecutoria escrita y decisión verbal, la ilicitud radica en hacer uso de un procedimiento material no permitido. No vemos por qué la forma escrita o verbal del acto que pretende ejecutarse de lugar a dos soluciones tan diferentes, cuando la ilegalidad es idéntica. Pensamos que en uno y otro casos puede acusarse directamente la operación administrativa, sin necesidad de hacer declaraciones previas de nulidad.

La operación administrativa ilegal es conocida en doctrina como "vía de hecho". Esta expresión fue recogida por el D. 528/64 en los artículos 30 y 32. Anteriormente no se conocía en nuestros textos, pero el Consejo de Estado, como lo señalamos atrás, la confundía con el hecho administrativo. (14)

Waline ofrece algunos ejemplos para ilustrar la vía de hecho que se produce cuando "la ley ha excluído formalmente la posibilidad de decisiones ejecutorias en ciertas materias: la expropiación de una propiedad privada inmueble o asimilada a inmueble, que supone una decisión judicial; la demolición o reparación de oficio de edificaciones que amenacen ruina, que supone, por la simple oposición del propietario interesado, la intervención del tribunal administrativo (entre nosotros, de la jurisdicción ordinaria); la extradición, que supone un aviso previo de conformidad de la autoridad judicial, así como todo atentado contra la libertad (fuera de los casos de flagrante delito) o contra la integridad de la persona". (15)

Para que se configure la vía de hecho en nuestro sistema jurídico, se requiere que la ilegalidad radique en la decisión ejecutoria o en la operación misma, no en la decisión que trata de ejecutarse, porque en este último caso habría que impugnar el acto administrativo y obtener la declaración de nulidad del mismo. De lo contrario, la operación sería válida. Con esta reserva hay que tomar los ejemplos extraídos de la doctrina extranjera, particularmente de la francesa.

#### 7).- El vicio de forma.

A) Está contemplado en el artículo 66 C. A., cuando dice que

(14) (Sobre vía de hecho, ver: Sayagués Laso, op. cit., ps. 492-9; Waline, Marcel. "Droit Administratif". Sirey. París. 1963, ps. 437 y ss. y 798; Sarria Eustorgio. "Derecho Procesal Administrativo", Temis, Bogotá, 1963, p. 124; Ortega Torres, Jorge, "Código Contencioso Administrativo" Temis, Bogotá, 1965, p. 182).

(15) (Waline, op. cit., p. 438).

la acción de nulidad procede contra los actos administrativos que "han sido expedidos en forma irregular".

La doctrina es unánime al afirmar que el Derecho Administrativo es esencialmente formalista. La necesidad de producir los actos jurídicos con arreglo a ciertas solemnidades es el principio general en materia administrativa, al contrario de lo que sucede en el derecho privado, en el que la consensualidad es la regla dominante.

El formalismo administrativo se explica principalmente por tres razones:

a) Como medio para expresar la voluntad administrativa, es decir, para reconocerla de la voluntad personal del agente que produce el acto; b) Como garantía de los administrados. Generalmente las decisiones administrativas que pueden afectar a intereses particulares sólo pueden tomarse después de un proceso de investigación, de consulta, de discusión sobre sus conveniencias, etc., en el que suele oírse el criterio de los interesados; c) Como garantía de la buena administración. En este sentido resultan ser la expresión de normas técnicas de la ciencia administrativa.

B) La actividad administrativa debe ceñirse a las formalidades y procedimientos ordenados por la ley. La violación de este principio genera la nulidad de la actuación irregular y, eventualmente, la obligación de reparar los perjuicios particulares que se sigan de ella. Puede dar lugar también, a la aplicación de sanciones contra el funcionario.

La doctrina, sin embargo, opone ciertas restricciones al principio. Considera que no toda irregularidad en el procedimiento debe ser sancionada con la nulidad. Esta es una sanción muy grave, que, de ser aplicada en todo su rigor, haría más lenta a una Administración que de por sí ya es poco ágil. La nulidad y la reparación que de ahí pueda seguirse deben reservarse para casos en que se violen formalidades sustanciales. Waline enseña que "la irregularidad es sustancial, naturalmente, si la ley ha dicho expresamente que tal forma estaba prescrita so pena de nulidad. Pero si la ley no ha dicho nada (que es el caso más frecuente), la regla empírica que ha forjado la jurisprudencia es la siguiente: la forma cuyo cumplimiento ha sido irregular u omitido, habría podido cambiar la decisión final?". En caso afirmativo, se dice que se trata de una forma sustancial. (16)

(16) (Waline, op. cit., p. 459).



En general, se considera que las formalidades sustanciales son las necesarias para que se produzca la declaración de voluntad administrativa y las impuestas para dar garantías a los administrados. La ausencia total de las primeras, o su violación burda, pueden dar lugar incluso a que se tenga al acto como inexistente. Pero generalmente se da una apariencia de manifestación administrativa que goza de la presunción de legalidad y, por consiguiente, debe ser anulada para que cesen sus efectos. La aplicación de esa presunción de legalidad, que se traduce sobre todo en la ejecutoriedad del acto, puede ocasionar lesiones a los administrados, de las que debe responder la Administración como contrapartida al privilegio de que goza. La violación de las garantías procedimentales acordadas a los particulares suele redundar en perjuicios efectivos a sus intereses, cuya reparación es obligatoria para las entidades administrativas.

Cierta doctrina considera que la violación de las formas impuestas en interés de la buena administración no entraña la invalidación del acto, precisamente porque la Administración puede creer en la conveniencia de prescindir de ellas (17). Nosotros no nos atrevemos a hacer una afirmación de esa índole. En primer lugar, no es fácil distinguir el sentido de las diversas modalidades; en segundo, es muy dudoso que la Administración goce del poder discrecional suficiente para prescindir de una formalidad que ha sido considerada conveniente por la ley; en fin, siempre hay que tener presente la necesidad de supeditar la agilidad administrativa a la garantía de los derechos de los particulares.

C). Nuestro derecho carece de una reglamentación general del procedimiento administrativo. El artículo 335 del C. de R. P. y M., le dio facultad al poder ejecutivo para disponer, en los casos no previstos por la ley, lo que juzgara conveniente y equitativo en cuanto al procedimiento de los empleados nacionales y para modificar o reformar los reglamentos sobre el particular, cuando lo creyera justo y razonable. Asimismo, el artículo 336 ib., les confirió a las Asambleas autorización "para fijar reglas y procedimientos en los asuntos departamentales y municipales". Sin embargo, no sabemos que hasta el momento se haya hecho uso pleno de esas atribuciones.

Hay un principio general, que se advierte en numerosas disposiciones, según el cual los actos administrativos deben constar por es-

(17) (Díez, Manuel Maía, "Derecho Administrativo". Omeba, Bs. Aires, 1965, T. II, p. 361).

crito. Con todo, la jurisprudencia del Consejo de Estado admite la posibilidad de actos administrativos verbales. "Para que exista el acto administrativo, dice el Consejo, se requieren solamente estos requisitos (sic): que haya una decisión de la Administración, y que ella produzca efectos de derecho. No es indispensable que el acto aparezca escrito. Esa formalidad se exige para los ordenamientos de carácter general y abstracto, y para los de contenido particular y subjetivo que deban notificarse" (18)

"El artículo 120 de la Constitución, continúa diciendo el Consejo, incluye algunas atribuciones que por su misma naturaleza y por las circunstancias especiales en que se ejercitan, en muchas ocasiones imponen la necesidad de acudir a sistemas más expeditos y rápidos. Disponer de la fuerza pública en situaciones de emergencia, conservar y restablecer el orden alterado, dirigir las operaciones de guerra, proveer a la seguridad exterior de la República, etc., son actividades que en la mayor parte de los casos sólo se pueden desarrollar por medio de procedimientos verbales. Las decisiones que en momentos de urgencia se toman, son actos administrativos, no sólo porque así se infiere del artículo 120 —num. 6º, 7º 8º, y 9º— sino porque los profiere la Administración con la finalidad de producir efectos de derecho". La forma verbal es común, por ejemplo, en la actividad de policía. (19)

Además de la forma escrita, las leyes y los reglamentos señalan procedimientos y formalidades para ciertos casos particulares, como la consulta a otro organismo administrativo, o verificar una investigación documentada, o solicitar una autorización, o motivar el acto, etc. Pero, repetimos, no hay principios generales sobre esta materia.

D) La violación de las formalidades prescritas para las operaciones administrativas las convierten en vías de hecho, a pesar de la legalidad de los actos que pretendan ejecutar o de las facultades de que se quiera hacer uso. En tales eventos se puede pedir directamente la reparación del daño producido, sin necesidad de estudiar la regularidad del acto precedente (artículo 68 C. C. A.).

La operación dependiente de un acto verbal en el que se violaron las formalidades exigidas por la ley (v.gr., el escrito), también configura una vía de hecho demandable directamente, pues la existencia

(18) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 150).

(19) (Anales, loc. cit.; vid., además, Díez, Manuel M., op. cit., p. 299 y ss.).

real de la decisión administrativa no se conoce sino a través de los actos materiales de ejecución. (20)

Podría pensarse que la ausencia total de formalidades en la decisión que trata de ser ejecutada haría de ella un acto inexistente sin poder vinculante para la Administración. De consiguiente, tampoco la operación tendría el carácter de "administrativa". Con todo, creemos que la noción de inexistencia es muy vaga y de un radio de acción bastante restringido. Además, hay que distinguir la decisión que se pretende ejecutar de la decisión ejecutoria misma. Aquélla puede ser groseramente irregular, prácticamente inexistente. Pero el motor de la operación administrativa no es propiamente dicha decisión sino la decisión ejecutoria, es decir, la orden de ejecución, que puede ostentar apariencias de validez para los subordinados o ejecutores materiales, independientemente de la existencia del acto que se quiere ejecutar. A nuestro modo de ver, todo movimiento del aparato administrativo constituye operación administrativa, aunque se haga en falso.

#### 8) Abuso o exceso de Poder.

A) El artículo 66 dice que la acción de nulidad es procedente contra los actos administrativos expedidos "con abuso... de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere".

La jurisprudencia entiende que este vicio se da en los casos de falta de competencia del funcionario o de desbordamiento de dicha competencia (vid. supra N° 5). Se trata, pues, del vicio de incompetencia.

B) La competencia puede mirarse desde dos puntos de vista. Uno, la competencia de la Administración en su conjunto. El otro, la de cada uno de los agentes públicos en particular.

La actividad administrativa solamente puede versar sobre los asuntos que la Constitución y las leyes le han atribuido expresamente a la Administración. Esta debe circunscribirse a su órbita de funciones y respetar las atribuciones de las otras ramas del poder. Si invade el ámbito de funciones de otra rama, incurre en *usurpación de funciones*, que es la forma más burda y radical de incompetencia. Este concepto hay que distinguirlo de la llamada *usurpación de autoridad*, fenómeno que acaece cuando una persona, sin ningún tipo

(20) (Anales, op. cit., 154 y ss.).

de investidura, pretende realizar actos que solamente competen al Estado. (21)

La competencia de la Administración, esto es, el conjunto de sus cometidos, se distribuye entre los agentes públicos con arreglo a diversos criterios. En este sentido, Waline dice que la competencia es "el conjunto de atribuciones de un agente público". (22). Desde un punto de vista subjetivo, la competencia es la aptitud para querer a nombre de la Administración. Esa aptitud se concreta en el conjunto de las atribuciones conferidas al agente público.

C) Los criterios que sirven para repartir los cometidos de la Administración entre los agentes públicos son fundamentalmente los siguientes: la materia, el espacio y el tiempo.

El primero es el más importante. Se refiere al objeto mismo de las atribuciones del agente y a los poderes legales que se le brindan para ejercerlas. Por consiguiente, hay incompetencia *ratione materiae* cuando la decisión versa sobre un asunto que no cabe dentro de los cometidos asignados al agente, o cuando éste hace uso de un poder legal que no le ha sido conferido, aunque lo aplique a un objeto de los de su competencia.

Las atribuciones de los funcionarios deben ejercerse dentro de los límites territoriales señalados por la ley. Los funcionarios de la Administración Central generalmente tienen poder para tomar decisiones válidas dentro de todo el territorio nacional. La competencia de las Administraciones locales, en cambio, solamente puede ejercerse dentro de los límites de las circunscripciones respectivas. La autoridad que pretenda tomar y ejecutar una decisión más allá del territorio que le corresponde incurre en incompetencia *ratione loci*.

Por último, la competencia se fija en razón del tiempo. La ley, a veces, dice que determinadas atribuciones sólo pueden ejercerse dentro de cierto lapso o después de transcurrido cierto tiempo. Fija, por consiguiente, la oportunidad para tomar la decisión. Si ésta se toma antes o después de la oportunidad legal, el acto queda viciado de incompetencia *ratione temporis*.

Algunos autores estiman que esta última modalidad de la incompetencia tiene lugar, además, cuando el agente actúa antes de adquirir

(21) (Vid., Brewer-Carías, Allan. "Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana". Ed Universidad Central. Caracas, 1964. p. 59 y ss.).

(22) (Waline, op. cit., p. 452).

su investidura o después de perderla. Desde luego, la competencia del agente en el tiempo comprende el lapso transcurrido entre la adquisición y la pérdida de su investidura. Pero las actuaciones realizadas por fuera de ese lapso no están viciadas de incompetencia *ratione temporis*. Pueden pecar de incompetencia *ratione materiae* si el agente está en servicio en otro cargo o de mera usurpación de autoridad si aún no está incorporado a la Administración o se desvinculó de ella.

Por regla general la incompetencia *ratione materiae* constituye "extralimitación de atribuciones", consistente en "la invasión o interferencia de un funcionario administrativo en atribuciones que no le corresponden y que están atribuidas específicamente a otra autoridad administrativa". (23). La usurpación de funciones cae más bien dentro del vicio de violación objetiva de la norma superior.

D) El vicio de incompetencia también se da en operaciones administrativas, convirtiéndolas, por consiguiente, en "vías de hecho". La decisión ejecutoria y la ejecución misma están reservadas a ciertas autoridades, de suerte que toda decisión de esa índole tomada a nombre de una persona administrativa por un agente que carezca de competencia para ello, está viciada de abuso o exceso de poder y la operación realizada es directamente demandable.

#### 9) *Desviación de Poder*

A) El artículo 66 C. C. A., consagra la nulidad de los actos expedidos con "desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere".

B) La Administración está sometida al deber jurídico de procurar la realización de los fines del Estado en cuanto requieran ejecución práctica, según lo indicamos en el capítulo primero. Los fines señalados por el ordenamiento jurídico a la actividad administrativa se mueven en diversos niveles. De una parte, encontramos los fines que deben animar a la Administración en conjunto. Por la otra, nos encontramos con finalidades específicas para cada autoridad administrativa e, incluso, para cada uno de los poderes de que goza.

El poder de que disponen las autoridades administrativas no les ha sido conferido para beneficio propio de sus titulares; ni siquiera gozan de él para obtener lo que en el concepto particular de cada una de ellas sea el bien común. El Estado moderno pretende la má-

xima "racionalización del poder" y el primer paso para lograrla consiste en señalarle finalidades al poder y, sobre todo, en determinar los sujetos que puedan fijar dichas finalidades. No basta con decir que el Estado, debe procurar el bien público; es necesario, además, determinar quienes tienen el poder para decir en qué consiste el bien común. Esa definición les compete en los Estados Liberales, a los legisladores. Dentro de esa concepción que aún perdura, a la Administración le corresponde buscar la realización práctica del interés colectivo según la definición que de él haya dado la Legislación. Como dice con acierto Brewer-Carías, "la ley atribuye a la autoridad administrativa el ejercicio de cierta y determinada facultad, pero se la atribuye para obtener determinado fin o para alcanzar determinado objetivo; si la autoridad administrativa se sirve de tal poder que, efectivamente, le han sido conferido, para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que los actos que así dicte están viciados de "desviación de poder". (24)

La desviación de poder es de dos clases. Hay *desviación de poder general* cuando la autoridad administrativa se aparta de la finalidad general que debe perseguir en todas sus aspiraciones: la finalidad de servicio público. Hay *desviación de poder particular* cuando deja de perseguir "el fin determinado, concreto y específico para cuya consecución le ha sido conferido por la ley y el poder y la posibilidad de desarrollar esa acción". (25)

C) La jurisprudencia entiende que el vicio de "desviación de poder" alude no solamente al *fin* de la actuación administrativa, es decir, a "la representación subjetiva del resultado jurídico empírico o concreto que se conseguirá con el acto", como dice Rotondi (26), sino a los motivos que la provocan, esto es, a las circunstancias de hecho que pretendan justificarla.

Esta extensión del concepto es indudablemente acertada. El agente público puede utilizar su poder para procurar los fines indicados en el ordenamiento, sin tener en cuenta fines de interés personal, de terceros, o de la misma administración, pero no perseguibles por ese medio; con todo, las circunstancias de hecho pueden no justificar su

(24) (Brewer-Carías, op. cit., p. 70).

(25) (Brewer-Carías, op. cit., p. 70 y ss.).

(26) (Rotondi, Mario, "Instituciones de Derecho Privado", Ed. Labor, Barcelona, 1953, p. 131).

(23) (Brewer-Carías, op. cit., p. 64).

actuación y, por consiguiente no se está buscando objetivamente la finalidad que debe animarla.

D) Acerca de la desviación de poder, dice el Consejo de Estado, lo siguiente:

“Lo que viola el acto proferido con desviación de poder es, en último análisis, el principio básico del Estado de Derecho según el cual el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad, de manera que en el campo administrativo, cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público, es decir, debe ser motivada por razones de buen servicio. Quien impugna un acto administrativo por desviación de poder, afirma que el agente que lo expidió no obró en función de buen servicio sino por motivos ajenos a esta finalidad, de donde se desprende que en todo juicio de nulidad de un acto administrativo acusado por desviación de poder, deben juzgarse los motivos determinantes del acto enjuiciado.

“La denominación falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación de poder. Hay que distinguir entre motivación falsa y motivación primordialmente inexacta. El primer concepto sugiere la idea de falsificación voluntaria y dolosa de la verdad, lo que puede implicar la afirmación de que el funcionario ha cometido un delito: la cuestión debe llevarse, entonces, a la justicia penal para los fines consiguientes. La idea de inexactitud material de los motivos puede constituir una desviación de poder del respectivo funcionario, pues que si el acto se dicta por motivos inexistentes, en realidad carece de motivos, lo cual quiere decir que quien lo profirió no obró en función de buen servicio sino caprichosamente, lo cual es inaceptable. Sin embargo, dentro de esta hipótesis cabe a la Administración demostrar que el motivo inexacto fue expresado por explicable error, y que existía para justificar el acto un motivo suficiente que no se demostró en oportunidad debida, caso en el cual no cabría la desviación de poder. Es decir, que aunque errada materialmente la motivación, el mero yerro en que se incurrió sin intención de desconocer y sin desconocer de hecho ninguna norma posible, ni principio alguno de moralidad o de juridicidad, no revela desviación de poder si, por otro lado, aparece un motivo suficiente para legitimar el acto”. (27)

(27) (Vid., Ortega Torres, Jorge, “Código Contencioso Administrativo”, Temis, Bogotá, 1965, p. 136).

E) La posibilidad de apreciar los motivos y finalidades del acto no incluye la de examinar su conveniencia u oportunidad en los casos en que la Administración goza del poder discrecional.

Como es sabido, en la competencia discrecional la Administración está dotada del poder de elegir entre varias formas de actuación, o de abstenerse de hacerlo, al contrario de lo que acontece en la competencia reglada, en la cual, ante determinado supuesto de hecho, está obligada a actuar en determinado sentido.

Pues bien, en los actos discrecionales, sólo se puede estudiar la existencia del motivo alegado por la Administración para actuar y la legalidad del poder utilizado, pero no si se justificaba ese u otro modo de actuación, es decir, si objetivamente era conducente para obtener el fin público deseado. Esto no excluye, desde luego, la posibilidad de investigar las finalidades buscadas por el agente, porque si eran contrarias al fin público general o al particular del poder conferido, el acto resulta viciado por desviación de poder.

F) Este vicio no es extraño a la operación administrativa. La aplicación excesiva de una decisión de la Administración, la decisión ejecutoria injustificada, por falta de renuencia de los particulares a admitir el mandamiento administrativo, son ejemplos de operaciones administrativas viciadas en sí mismas por desviación de poder.

Demos por caso el de una obra pública ejecutada con lentitud imputable al ánimo de perjudicar a los comerciantes o industriales vecinos, para favorecer a los competidores o, incluso, para obtener ciertas ventajas para la Administración (v.gr., rebajar el valor de los predios vecinos con miras a una expropiación). A pesar de la regularidad del procedimiento, la operación resulta viciada y es acusable directamente, conforme al régimen del artículo 68 C. C. A.

“EL ILICITO CONTRACTUAL”

1) La Administración frecuentemente debe acudir al procedimiento de la contratación con los particulares para obtener los bienes y servicios necesarios para la realización de sus cometidos. Hay normas constitucionales y legales que autorizan dentro de ciertas condiciones a las personas administrativas para celebrar contratos entre sí o con las personas privadas, a fin de atender directa o indirectamente a la prestación de los servicios públicos.

En virtud del contrato, la Administración resulta obligada a realizar prestaciones de diversa índole a favor de sus cocontratantes. La infracción de los deberes jurídicos emanados del contrato generan, desde luego, responsabilidad para la Administración. En este capítulo vamos a referirnos a las reglas generales a que está sometido el ilícito contractual, dejando de lado las hipótesis especiales de violación, las cuales deben ser objeto de un estudio especial sobre los contratos administrativos que no estamos en capacidad de abordar aquí.

2) El régimen de la contratación administrativa no está contenido en un conjunto orgánico de disposiciones especiales. Ciertamente, hay numerosos textos relativos a los contratos de la Administración, en los que se reglamentan algunas tipos, las formalidades y los requisitos necesarios para la celebración de contratos, ciertas cláusulas que deben formar parte de su contenido, etc. Sin embargo, ese régimen no es completo, no contempla todos los aspectos de la contratación, por lo que es necesario integrarlo mediante la aplicación analógica de las normas civiles. (1)

Los vacíos de la reglamentación administrativa son ostensibles en materia de responsabilidad contractual. Puede decirse que, por regla general, la responsabilidad contractual de la Administración es idéntica a la de los particulares.

3) Algunos autores nacionales, como Pareja y Sarria, pretenden que parte considerable o la totalidad de los contratos de la Adminis-

tración están sometidos a reglas especiales y autónomas de derecho público, en razón de la finalidad de servicio público que los anima. (2)

Según se dice, la finalidad de servicio público le concede a la Administración prerrogativas irrenunciables y exorbitantes sobre su cocontratante. Este queda colocado frente a la Administración en una situación de desigualdad jurídica inconcebible en el derecho privado, que faculta a la Administración para modificar unilateralmente el contrato y para darlo por terminado, siempre y cuando así lo demanden las necesidades del servicio público y dejando a salvo el derecho del cocontratante a obtener una compensación justa por la ruptura del equilibrio contractual. La interpretación del contrato, sus efectos, su ejecución, la responsabilidad de las partes, etc., deben ser estudiadas siempre a la luz del principio de la finalidad de servicio público, sin tener en cuenta las concepciones civilistas que parten de la consideración de los intereses individuales en juego.

Esta doctrina parte de la base de un supuesto principio general de derecho, conforme al cual la Administración, como suprema gestora del interés público, goza de prerrogativas irrenunciables, de las que no puede desprenderse sin faltar a sus deberes. Este principio no puede ser derogado por la ley del contrato.

Nosotros no aceptamos esta concepción. Ya expusimos en otro lugar nuestras reservas acerca de la distinción entre el derecho público y el derecho privado. Consideremos, sin embargo, otros aspectos de la cuestión. En primer lugar, si bien es cierto que la Administración debe inspirar todas sus actividades en la consideración del interés público, la importancia de este principio fundamental del derecho administrativo no puede exagerarse hasta el punto de elaborar con base en dicho principio construcciones ajenas al derecho positivo. Hay que partir, ante todo, de los datos que brindan los textos vigentes, pues el método postulado por nuestro derecho para construir las teorías jurídicas es eminentemente inductivo. El artículo 8º de la Ley 153/87 así lo muestra. A los principios generales de derecho sólo se puede acudir cuando el derecho positivo no contenga normas que regulen materias semejantes a las no reglamentadas. Es más, creemos que dichos principios únicamente pueden obtenerse mediante el estudio de la orientación general de las normas positivas y de los siste-

(1) (Cfr. Vidal Perdomo, Jaime. “Derecho Administrativo General”. Temis. Bogotá, 1966, ps. 13 y 457).

(2) (Pareja, Carlos H. “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. El Escolar, Bogotá, T. I., p. 382, Sarria, Eustorgio, “Derecho Administrativo”, Temis. Bogotá, 1962, p. 225 y ss.).

mas de valores en que se inspiran, es decir, por vía de inducción. El método deductivo sólo procede después del esclarecimiento de los principios generales, teniendo siempre el cuidado de confrontar las conclusiones con la realidad jurídica positiva. Una concepción diversa conduciría a hacer de los intérpretes y falladores verdaderos legisladores, posición que, de acuerdo con el principio de la separación de poderes, corresponde al Congreso.

De otra parte, hay que considerar que la actividad administrativa no sólo se rige por el principio de la finalidad de servicio público sino por el de legalidad. La Administración no es soberana para apreciar el bien público y elegir los medios que considere apropiados para lograrlo. Nuestras instituciones no la tienen en el concepto del "buen dictador", preconizado por ciertas doctrinas políticas. Por el contrario, la miran con escepticismo y le señalan límites por doquier. La Administración debe procurar el bien común, pero sólo dentro del concepto de bien común definido por las normas superiores y mediante los procedimientos indicados por ellas. Sus poderes no son ilimitados.

Ahora bien, no hay un solo texto de carácter general que autorice a la Administración para modificar o terminar unilateralmente los contratos que haya celebrado cuando así lo aconsejen las necesidades del servicio público. Las cláusulas de imprevisión y de caducidad de que tratan los artículos 11 de la ley 4/64 y 254 del C. C. A. hay que estipularlas expresamente y de ellas sólo se puede hacer uso por los motivos indicados en las mismas.

El régimen "exorbitante", de derecho público, que aparece en dichas cláusulas, así como en las indicadas en el artículo 4 de la ley 53/09 (cláusula penal pecuniaria) y en el artículo 10 del D 911/32 (sobre inclusión de las obligaciones dinerarias de la Nación en el presupuesto), no opera de "pleno derecho". Quiere decir que la Administración no goza de los privilegios que le confieren si no las incluye dentro de los contratos que celebre. Por disposición legal, si no las estipula en los contratos en que está obligada a hacerlo, dichos actos quedan viciados de nulidad por vicio de forma. No es otro el significado de expresiones en el sentido de que los contratos deberán contener", o en ellos "se deberá estipular" y otras semejantes, utilizadas por la ley para indicar la necesidad de incorporarlas en los contratos respectivos. Incluso, el D. 911/32 sanciona expresamente la ausencia de la cláusula referente a la inclusión de las obligaciones dinerarias de la Nación en el presupuesto, con la nulidad del contrato.

Sin duda, la existencia de estas cláusulas que le dan prerrogativas excepcionales a la Administración, le permite a ésta convenir con sus cocontratantes otras en que los sujeta a un régimen de "desigualdad jurídica" frente a ella y que no serían admisibles en contratos celebrados entre particulares. El artículo 254 C. C. A., por ejemplo, autoriza a estipular las cláusulas de caducidad que la Administración estime convenientes, fuera de las que obligatoriamente debe incluir en los contratos. Es más, la intervención legislativa en la autorización y en la aprobación de los contratos de la Administración Nacional abre la posibilidad de sustraerlos enteramente a los principios generales. Con todo, las cláusulas exorbitantes habrá que pactarlas de modo expreso. Nacerían del contrato y no de un supuesto principio general de derecho.

Por último, salvo lo dispuesto en el artículo 10 del D. 911/32, las restantes "cláusulas exorbitantes" no configuran excepciones a los principios generales sobre responsabilidad contractual civil. Amplían, eso sí, el campo de dicha responsabilidad por el uso irregular que pueda hacer de ellas la Administración. Por ejemplo si declara la caducidad del contrato por fuera de las condiciones estipuladas; o si aplica la "cláusula penal pecuniaria" sin mediar incumplimiento de lo pactado de parte del cocontratante.

El artículo 10 in fine del D. 911/31 dice que "en todo contrato se estipulará precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la Nación queda obligada, se subordina a las apropiaciones que de tales sumas se hagan en los respectivos presupuestos".

Una cláusula de esta índole es inadmisibles en el derecho privado, pues equivale a someter el cumplimiento de la obligación a una condición "si quiero", prohibida por el artículo 1534 del C. C. En efecto, si el pago de dineros por parte de la nación se sujeta a las apropiaciones presupuestales, queda al arbitrio del Congreso verificarlas o no. En caso negativo, la Administración no puede realizar los pagos correspondientes y no cabe exigirle responsabilidad por ello.

4).- La responsabilidad contractual supone, ante todo, la preexistencia de un contrato válido celebrado entre la Administración y la víctima del ilícito. Si el perjuicio alegado no procede de la violación de un deber contractual de la Administración frente a la víctima, la responsabilidad administrativa será de otra índole: por violación del principio de legalidad o simplemente extracontractual.

Hay casos en que se discute sobre la naturaleza de la responsabilidad que pueda incumbirle a la Administración. Se trata de los

perjuicios que pueden derivar de hechos anteriores al perfeccionamiento del contrato pero relacionados con él y de los nacidos de la celebración de un contrato nulo.

5).- La primera cuestión es la relativa a la responsabilidad precontractual de la Administración. En el derecho privado hay autores que, como Pérez Vives, consideran que al lado de la responsabilidad contractual pueden encontrarse otros tipos autónomos de responsabilidad: la contractual y la postcontractual. Esta última no tiene mayor interés. Pérez Vives pretende fundamentarla en dos ejemplos muy discutibles y, en todo caso, no logra justificarla como un tipo autónomo de responsabilidad sino como una mera aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho, es decir, que se trata de una hipótesis de responsabilidad ajena al contrato. En cambio, la teoría de la responsabilidad precontractual merece una consideración más atenta. (3).

Estudiando el proceso previo a la celebración del contrato, Pérez Vives encuentra que consta de una serie de actos preparatorios de acercamiento, de deliberación, de compulsas de los respectivos intereses, etc., fase preliminar que suele culminar en una oferta, esto es "en el proyecto definitivo de acto jurídico que se somete a la aceptación de la persona a quien se dirige" y que debe reunir los siguientes requisitos: "1) La oferta debe ser completa; 2) ella debe emanar de la voluntad del oferente; 3) debe ser dirigida a un destinatario; y 4) debe llegar al conocimiento de éste". (4)

La oferta es ya un paso firme hacia la celebración del contrato. Equivale al asentimiento prestado por el oferente. Con ella se inicia, según el autor que venimos citando, la fase precontractual que debe culminar con el perfeccionamiento del contrato. En efecto, si el contrato es consensual, se perfecciona por la aceptación pura y simple de la oferta, expedida por el destinatario. Si el contrato es solemne, es necesario, además, llenar las formalidades exigidas por la ley.

Ahora bien, si antes de la aceptación de la oferta o de la celebración del contrato solemne, según el caso, el proponente retira su propuesta y se niega a contratar, el artículo 187 C. de Co. lo obliga a indemnizar "los gastos que hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido la persona a quien fue encaminada la propuesta".

(3) (Cfr. Pérez Vives, Alvaro, "Teoría General de las Obligaciones", Temis, Bogotá, 1968, Vol. II p. 45 y ss.).

(4) (ib. op. cit. Vol. I, p. 27).

La oferta que reúne las exigencias legales tiene el valor de una declaración unilateral de voluntad que obliga al proponente con relación al destinatario, aún sin la aceptación de éste. Desde luego, si el destinatario rechaza la oferta, el proponente queda obligado. Pero éste no la puede retirar antes de la aceptación o el rechazo del destinatario. A propósito de esto, los artículos 184 y 185 C. de Co. señalan los términos dentro de los cuales debe expedirse la aceptación: vencidos dichos términos, el oferente puede retirar su oferta, pero está obligado a dar pronto aviso de su retractación, bajo responsabilidad de daños y perjuicios.

Pérez Vives considera, con acierto, que la responsabilidad del oferente no es extracontractual, "pues se trata de un intercambio de consentimientos, previo el acto jurídico convenido; la conducta de las partes hay que analizarla allí a la luz de los vínculos jurídicos surgidos entre ellas. Que son muy diferentes y configuran situaciones muy distintas a las que podrían presentarse, v.gr., en un accidente automovilario. Porque el peatón arrollado por el automovilista no podría alegar vínculo alguno entre él y quien lo atropelló. En cambio, en el evento a que aludimos, existió un acuerdo de voluntades que, si bien no alcanzó a obtener la categoría de contrato, creó a cargo de las partes la obligación de indemnizar los perjuicios que se causaron por la no conclusión del contrato convenido". (5)

La ley no trae más reglas acerca de esta responsabilidad. Pero como se trata de una relación obligatoria similar a la nacida del contrato, consideramos que la responsabilidad que surge de su violación es de tipo contractual. Por esta razón es interesante destacar la responsabilidad precontractual: ésta nace por fuera del contrato y, sin embargo, le son aplicables las reglas de la responsabilidad contractual.

En cuanto a los perjuicios ocasionados en la fase anterior a la oferta, su régimen es el de la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad precontractual se circunscribe, pues, a la violación de los deberes surgidos de la oferta.

Es difícil que estos principios tengan validez práctica en materia administrativa porque la forma bastante complicada del procedimiento de contratación de las entidades públicas parece excluir la posibilidad de ofertas que reúnan las exigencias del C. de Co. Empero, si

(5) (Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 8).

se dan circunstancias de esa naturaleza, creemos que sea viable la aplicación analógica del C. de Co.

6).- Los problemas más frecuentes sobre responsabilidad de la Administración por hechos previos a la celebración de un contrato se plantean en las licitaciones o concursos que deben abrirse para la verificación de ciertos contratos. Puede ocurrir que la Administración viole el reglamento del concurso o licitación, que decida no seguir adelante con él, o que una vez calificado, se niegue a contratar con el concursante ganancioso.

La primera hipótesis era considerada por el Consejo de Estado, antes del D. 528/64, como constitutiva de responsabilidad contractual y, por consiguiente, las contenciones respectivas debían ventilarse ante la jurisdicción ordinaria. (6)

Nosotros consideramos que dicho ilícito debe someterse al régimen de la responsabilidad por violación del principio de legalidad, pues no surge de la infracción de deberes contractuales sino del comportamiento ilegal de la Administración.

Ahora bien, la licitación no obliga a la Administración a contratar. La Administración debe someterse al reglamento de concurso en el sentido de observar los trámites previstos, de calificarlo de acuerdo con las bases sentadas en el pliego de cargos, de celebrar el contrato con el ganador en las condiciones indicadas en el reglamento y no con otra persona, etc. Esta es la doctrina del Consejo de Estado. Según dicho organismo, "corresponde a la Administración unilateralmente señalar en el pliego las condiciones y normas de la licitación pero una vez establecido y promulgado el reglamento del concurso es ley para las partes. Esto quiere decir que la Administración tiene en adelante dentro del proceso de concurso una competencia reglada. Su facultad para contratar se limita al contrato enunciado y no a otro". Con todo, "como resultado de la licitación el Gobierno no está obligado a contratar. Puede abstenerse de hacerlo". (7)

Según este criterio, la Administración puede suspender en cualquier momento la licitación. Más aún, si la adjudicación del contrato no equivale a su perfeccionamiento, por ser necesario agotar otros trámites, la Administración puede negarse a culminar el contrato ini-

ciado. Pero no es absolutamente libre para hacerlo. En efecto, el acto por medio del cual la Administración suspende el proceso de licitación o se niega a perfeccionar un contrato adjudicado es susceptible de control de legalidad, particularmente en lo relacionado con los motivos que lo inspiraron. De ahí puede resultar, por consiguiente, una responsabilidad por violación del principio de legalidad. No se trata, por lo dicho, de un caso de responsabilidad extracontractual, como lo sostiene Carlos Holguín Holguín. (8)

7).- En cuanto al contrato nulo, es sabido que éste carece de efecto obligatorio entre las partes que lo celebraron. Por consiguiente, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de lo pactado ni el deudor está contraído a ejecutarlo. Esto significa que inejecución de las supuestas obligaciones nacidas de un contrato nulo no es fuente de responsabilidad contractual.

Empero, algunos textos proclaman la responsabilidad del cocontratante que ha dado lugar a la declaración de nulidad, obligándolo a reparar los perjuicios sufridos por la otra parte (artículos 1.512, 1.870 y 1.983 C. C.).

Muchos autores han querido ver en tales disposiciones la aplicación de un principio general. Algunos, remitiéndose a Ihering, hablan de que la ley ha admitido la responsabilidad por la falta cometida en la conclusión de un contrato. Es la teoría de la "culpa in contrahendo", expuesta por Ripert y Boulanger en los términos que siguen: "Cuando una persona se compromete por contrato, afirma su voluntad de concluir un contrato válido. Si después pide la anulación, falta a la obligación de buena fe que asumió así en el acuerdo tácito que precedió a la conclusión del contrato. Su responsabilidad es por lo tanto contractual". (9)

Ripert y Boulanger se encargan de refutar la teoría en mención. "Esa es una construcción ingeniosa —dicen— pero de inspiración romanista; se trataba de remediar la falta de un principio general de responsabilidad en el derecho romano. El artículo 1.382 (francés) hace inútil un artificio de esa índole. El acuerdo que haría nacer la obligación de mantener el contrato es puramente imaginario... El contrato

(6) (Cfr. Ortega Torres, "Código Contencioso Administrativo", Temis, Bogotá, 1965, p. 380).

(7) (Derecho Colombiano, No. 68, Agosto 67, p. 480 y ss.).

(8) (Holguín H., Carlos, "Responsabilidad Precontractual del Estado", Derecho Colombiano, No. 49, enero 66, p. 95 y ss.).

(9) (Ripert-Boulanger, "Tratado de Derecho Civil". Ed. La Ley, Bs. Aires, 1964, T. IV, p. 454).



impone a cada una de las partes la obligación de buena fe. Pero aquí, por hipótesis, no ha sido formado un contrato válido". (10)

El principio general que aplican los textos citados es el de la responsabilidad extracontractual, según el cual daño imputable a malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por ésta (artículo 2356 C. C.). Así, pues, la responsabilidad del contratante que por su culpa ha dado lugar a la conclusión de un contrato nulo es extracontractual.

8).- El contrato es definido por el artículo 1495 C. C., en los siguientes términos: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

El texto que acabamos de transcribir ha sido justamente criticado por la doctrina. Según Eudoro González, "en esta definición se equiparan o hacen sinónimos los términos contrato y convención, conceptos que en terminología jurídica son distintos. Convención es término genérico y se aplica a todo acuerdo que produce un resultado económico; al que crea, modifique, extingue o traspasa derechos; en cambio, el contrato es específico, y se aplica sólo al que produce obligaciones. Todo contrato es convención pero no a la inversa. Además, ese texto 1495, define más bien la obligación que el contrato, o sea, toma el efecto por una de sus causas; y no solamente da el concepto de obligación, sino que consigna la gran clasificación de ellas, la *summa divisio* de las obligaciones" (lo subrayado es textual). (11)

El efecto propio del contrato es generar obligaciones. El contrato es ley para las partes, dice el artículo 1602 C. C., y obliga no sólo a lo que en él se estipula sino a todas las cosas que emanen precisamente de la obligación, o que por ley pertenecen a ella (artículo 1603 C. C.). Corroborando este principio, el artículo 38 de la ley 153/87 dice que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

9).- Los artículos 666, 1495 y 1517 del C. C., ofrecen bases para definir la obligación como "un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en relación con otra también determinada, en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa". (12)

(10) (ib., p. 455).

(11) (González Gómez, Eudoro, "Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano", Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 1963, T. I., p. 4).

(12) (Pérez Vives, op. cit., Vol. I, p. 4).

Pérez Vives distingue cuatro elementos en la obligación, a saber:

"1) El *sujeto* (activo), titular del derecho, en cuyo favor existe el vínculo y que tiene la facultad de exigir la prestación. La parte activa de la relación suele llamarse crédito, y el beneficiario, "acreedor" (de credere, creer, confiar).

"2) El *paciente* (sujeto pasivo), que está en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo para el acreedor. La parte pasiva de la relación se denomina "deuda", y el gravado con ella, "deudor".

"3) El *objeto*, que es aquello que debe hacerse o no hacerse, y que técnicamente se denomina *prestación*, cuando consiste en un hecho positivo, y *abstención*, cuando de uno negativo se trate.

"4) El *vínculo de derecho*, cuya naturaleza jurídica nos indica que no se trata de una relación material (artículo 664 C. C.) y que liga al deudor con el acreedor". (Las subrayas son textuales). (13)

Cuando la Administración toma en virtud del contrato la posición del deudor, queda sometida al deber jurídico de observar determinado comportamiento frente al cocontratante acreedor. Solamente éste tiene el derecho de exigir de la Administración el cumplimiento de lo pactado, que consiste en principio en deberes jurídicos más o menos determinados en cuanto a su contenido, salvo los que emanan de la buena fe, que son más o menos indeterminados. La determinación de los sujetos activos y pasivos sirve para distinguir la relación obligatoria de otros deberes jurídicos de la Administración que carecen de sujeto activo determinado. La determinación del contenido caracteriza, además, al deber contractual frente al extracontractual: éste es generalmente indeterminado.

10).- Conforme al artículo 1495 C. C., el contenido de la obligación puede consistir en un *dar*, en un *hacer* o en un *no hacer*. Estos objetos deben ser más o menos determinados, precisos. Además de este grupo, hay que considerar otro: el de las obligaciones nacidas de la buena fe, cuyo contenido es más o menos indeterminado.

a).- Las obligaciones de *dar* son aquellas en que el deudor se obliga a transmitir al acreedor un derecho real, especialmente la propiedad. Sin duda, su objeto consiste en un *hacer*: el deudor debe realizar un hecho en favor del acreedor. Pero ese hecho debe cons-

(13) (Pérez Vives, op. cit., ps. 4-5).

tituir al acreedor en titular de un derecho real. En la obligación de dar el deudor queda comprometido a realizar el acto jurídico denominado tradición. Dicha obligación contiene, además, la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene también la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir (art. 1605 C. C.).

B. La obligación de *hacer* consiste en realizar un hecho en favor del acreedor, distinto de la transmisión de la propiedad o de la constitución de otro derecho real. El hecho a cuya realización se compromete el deudor puede consistir en la prestación de bienes o de servicios.

C) "La obligación de no *hacer* es aquella en virtud de la cual el deudor está obligado a abstenerse de ciertos actos que, según el derecho común, sería libre de realizar o no según su voluntad", enseñan Colin y Capitant. (14)

11) El deudor debe cumplir directamente su obligación. Esto significa que debe realizar el hecho prometido o abstenerse de ejecutar el prohibido, en forma "íntegra, efectiva y oportuna". "Decimos que el cumplimiento debe ser *íntegro*, expresa Sergio Gatica Pacheco; porque debe comprender la prestación de todo lo debido, es decir, la ejecución o abstención completa de la cosa o hecho que se adeuda. Agregamos que debe ser *efectivo*, porque se trata de solucionar la obligación de la manera estipulada o debida. Y *oportuno*, porque la prestación debe cumplirse en el tiempo que corresponda". (15)

12) Las obligaciones deben cumplirse, además, de buena fe (artículo 1603 C. C.). ¿Qué ha de entenderse por ello? Según Alfonso Valencia Correa, la "expresión "buena fe" está tomada de la antigua distinción romana entre contratos *bonae fidei* y *strictijuris*, según que produjeran una acción de estricto derecho o una simple acción de buena fe. Escribiche, citado por Valencia Correa, dice que el contrato de riguroso derecho "es el que no comprende más que lo que haya sido estipulado expresamente, o lo que se haya establecido por las leyes sobre el asunto, debiendo siempre tomarse a la letra, sin extensión alguna. Tal es el unilateral" y contrato de buena fe "es el que se extiende aún a cosas sobre que no se han explicado los contrayentes, por ejemplo, a los intereses por mora o dilación; y aquel en que

(14) (Colin-Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", Ed. Reus, Madrid, 1960. T. III, p. 21).

(15) (Gatica Pacheco, Sergio, "Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 61).

el juez puede desechar todo lo que se opone a la razón, a la equidad o a la intención presunta de las partes. Tal es el bilateral" (16).

En los *iudicia bonae fidei*, enseña Juan Iglesias, "el deudor es responsable de todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, importando poco que se trate de un acto positivo o de una omisión". (17)

Ahora bien, en el derecho moderno todos los contratos son *bonae fidei*; obligan a las partes a comportarse como *personas justas y leales*. En lo que respecta al deudor, la primera exigencia de justicia y lealtad que se le formula es ejecutar la prestación u observar la abstención que ha prometido. Pero las exigencias del contrato no se agotan en las acciones u omisiones típicas, más o menos determinadas, en que consisten el dar, el hacer y el no hacer que son el objeto principal de la obligación. La justicia y la lealtad imponen ciertas acciones u omisiones que no pueden ser determinadas de antemano. Se trata de deberes más o menos indeterminados. En este sentido la conducta prescrita por la buena fe es atípica: no puede decirse previamente y de manera exhaustiva cuales son los comportamientos contrarios a la buena fe. A lo más, podrán señalarse algunos criterios para conocerlos.

Explicando este principio, Karl Larenz enseña que "la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabría esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando de él en virtud de otros vínculos jurídicos. Se trata, por lo tanto, de un módulo "necesitado de concreción", que únicamente nos indica la dirección en que hemos de buscar la contestación de cual sea la conducta exigible en determinadas circunstancias. No nos da una regla apta para ser simplemente "aplicada" a cada caso particular y para leer en ella la solución del caso cuando concurren determinados presupuestos. Sino que en cada supuesto se exige un juicio valorativo del cual derivan lo que en el momento y el lugar exijan. Pero este juicio no se obtiene a través del criterio subjetivo del que hace la apreciación en caso de litigio, por consiguiente, el juez, sino que se tomará

(16) (Valencia Correa, Alfonso, "Teoría General de las Obligaciones", Ed. Universidad del Cauca, Popayán, 1953, p. 242).

(17) (Iglesias, Juan, "Derecho Romano", Ariel, Barcelona, 1953, T. II, p. 148).

como módulo el pensamiento de un intérprete justo y equitativo, es decir, que la sentencia ha de ajustarse a las *exigencias generalmente vigentes de la justicia*, al criterio reflejado en la conciencia jurídica del pueblo o el sector social al que correspondan los participantes (p. ej., comerciantes, artesanos, agricultores), en tanto ello no sea contrario a las exigencias y al contenido objetivo de los valores descritos en las palabras "fidelidad" y "crédito" (es decir, confianza). A este juicio cooperan los usos y concepciones ya existentes en el tráfico habiendo de investigarse a su vez si coinciden con aquellas supremas exigencias y de otra parte el ejemplo y modelo que la jurisprudencia ofrece en la valoración de casos análogos o equiparables" (18).

La determinación de lo "justo y leal" no queda al arbitrio del juez. Este debe inspirar su decisión en los principios de justicia en que se funda el derecho positivo. Por ejemplo, en un orden individualista el juez no puede aplicar los principios de la justicia del socialismo, aunque los considere más elevados. Con todo, en la práctica los más altos Tribunales se han arrogado la facultad de decidir libremente sobre qué es la Justicia. La razón de ello está en que no se ha realizado un estudio previo acerca de la idea de Justicia prevalente en nuestro derecho.

13) Vamos a referirnos ahora a una clasificación de las obligaciones que ha tenido mucho éxito en la doctrina moderna. Se trata de la clasificación que distingue entre las obligaciones de "medios" y las obligaciones de "resultado"; terminología un poco sibilina, al decir de Mazeaud-Tunc, quienes la reemplazan por las expresiones "obligaciones generales de diligencia y prudencia" y "obligaciones determinadas". (19)

En las obligaciones de *resultado* (o determinadas), "el contrato pone a cargo del deudor la obligación de procurar al acreedor un resultado determinado", mientras que en las obligaciones de *medios* (o de prudencia y diligencia), el deudor sólo está obligado a "tomar ciertas medidas que normalmente son capaces de llevar a cierto resultado". (20)

(18) (Larenz, Karl, "Derechos de Obligaciones", Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. T. I, ps. 142-3).

(19) (Mazeaud-Tunc, "Responsabilidad Civil", EJE, Bs. Aires, 1961, T. I., Vol. I, p. 127).

(20) (Mazeaud-Tunc, op. cit., p. 130; Ripert-Boulanger, op. cit., T. IV, p. 464).

Según sus partidarios, esta clasificación permite conocer con exactitud la medida o la extensión del deber del deudor. Por ende, es más útil para determinar el incumplimiento. Así, en las obligaciones determinadas basta establecer que el deudor no obtuvo el resultado que se esperaba de él para afirmar el incumplimiento; en las obligaciones de medios hay que establecer que el deudor no fue prudente o diligente, es decir, que no hizo lo que debía para obtener el resultado aleatorio prometido, para poder decir que faltó a su obligación.

La Corte aceptó el criterio expuesto en los términos que siguen: "El contenido de cualquier obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que éste debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor, en favor del acreedor. Dicho en otras palabras: la obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido, tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medio, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos, y su diligencia, pero no a que éste se alcance". (21)

14) La clasificación anterior ha sido objeto de numerosas críticas que tienden a restarle importancia. Sin duda, los ejemplos que a menudo se dan para sustentarla han creado la impresión de su exactitud. Así, se ha dicho que la obligación del médico es de medios: el médico no se obliga a curar al enfermo sino a tratarlo con prudencia y diligencia, empleando las reglas de su arte. Cosa distinta es, por ejemplo, la obligación del comodatario, quien debe restituir la cosa prestada; si no verifica la restitución, falta a su deber. Con todo, la exactitud de la distinción es más aparente que real. No es fácil, en la práctica, saber cuando un contrato genera obligaciones de medios o de resultados. Además, las nociones mismas de "medio" y de "resultado" no son determinables de modo absoluto. Desde cierto punto de vista, todas las obligaciones son de medios; miradas las cosas desde otra pers-

(21) (G. J., T. XLVI, ps. 571-2).

pectiva, todas son de resultado. Aún las llamadas obligaciones de "resultado" presuponen el empleo de ciertos medios por el deudor, es decir, que éste actúe con prudencia y diligencia; de otra parte, el resultado puede ser un simple medio útil al acreedor para obtener otro resultado. En fin, en todo contrato el acreedor espera, desde luego, la obtención de un resultado. En este sentido, el "medio" debe ser, para el acreedor un resultado. Como se vé, la terminología empleada es sumamente oscura, imprecisa, "sibilina", como dicen Mazeaud-Tunc.

Pero los defectos de la clasificación no se corrigen mejorando la terminología, como pretenden Mazeaud-Tunc. En rigor, todas las obligaciones tienen que ser determinadas. De lo contrario, carecerían de objeto. Ahora bien, hay diversos grados de precisión en el objeto de la obligación, es decir, en el resultado que espera el acreedor. El vendedor, por ejemplo, puede comprometerse a entregar un cuerpo cierto o una cosa de género: el objeto de la obligación no es igualmente determinado en dichas hipótesis. El médico se obliga a tratar al paciente. Muchas veces su compromiso no puede determinarse previamente con exactitud. Pero algún grado de determinación debe tener. Así, se compromete a prestar servicios médicos, de acuerdo con los principios de la ciencia médica, y no servicios odontológicos, veterinarios, agrónomos, jurídicos, etc. Es más, en ciertas ocasiones puede comprometerse más precisamente, por ej.; a llevar a cabo determinado tratamiento o a realizar cierta operación, o a formular tales o cuales medicamentos.- Como dicen acertadamente Ripert y Boulanger, la naturaleza del hecho prometido, sobre el cual descansa la clasificación, admite no sólo una distinción en dos categorías, sino una variedad infinita de obligaciones". Ej.: un obrero puede comprometerse a reparar un mueble lo mejor posible, pero también a hacer una reparación claramente determinada, a emplear tales o cuales materiales; un médico puede comprometerse a cuidar un enfermo y también a realizar tal operación, a usar tal procedimiento; un transportador tiene, ante el viajero, una obligación más estricta que la del que explota un funicular de deportes de invierno ante el usuario. Toda obligación entraña un resultado a obtener y los medios apropiados para lograrlo. No es discutible que pueda existir en el contrato una determinación más o menos grande del objeto, pero esa determinación es relativa al resultado como a los medios". (22)

(22) (Ripert-Boulanger, op. cit., T. IV, p. 465).

Valencia Zea, entre los nuestros, se ha encargado de criticar vigorosamente la clasificación de que se habla. El citado expositor dice que "en la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados (o la equivalente de obligaciones determinadas o de prudencia general) existe un ilógico planteamiento del problema. En efecto, en las obligaciones de los profesionales una cosa es *no cumplir* y otra diferente *cumplir mal*. Esta distinción es la que debe hacerse y no la que se critica.

"En el tan trajinado ejemplo del médico que hace mal la operación quirúrgica, ejemplo que es propuesto siempre por los autores franceses que defienden la clasificación mencionada, es necesario distinguir dos hipótesis: a) Cuando el médico no concurre a la sala de operaciones a cumplir su obligación el día convenido; aquí ha incumplido su obligación); b) Cuando concurre y hace la operación, pero negligentemente, de modo que causa la muerte del paciente, cuando normalmente una operación semejante no conduce a ello. Aquí cumplió, pues asistió e hizo la operación, pero cometió culpa, es decir, realizó un defectuoso cumplimiento.

"En el primer caso queda comprometida sin más discusión la responsabilidad del médico (violación negativa del deber de cumplir); en el segundo (violación positiva del deber de cumplir bien) no se compromete de plano su responsabilidad, y la víctima o sus herederos deben acreditar que cumplió indebidamente". (23)

La clasificación, que no ha sido adoptada formalmente por el legislador, no parece ser precisa ni coherente. Las dificultades de orden práctico, así como las objeciones de orden lógico que suscita, hacen más aconsejable prescindir de ella. Nosotros no la tendremos en cuenta. Acudiremos mejor a la vía, tal vez más fecunda, de analizar las distintas formas de incumplimiento sin hacer referencia a determinada clasificación de las obligaciones.

15) Dijimos atrás que el deudor debe cumplir sus obligaciones en forma íntegra, efectiva y oportuna. Ello da pie para distinguir varias modalidades en el incumplimiento de las obligaciones.

A.- La primera aparece cuando el deudor se abstiene por entero de realizar el hecho o de observar la abstención que ha prometido: no transfiere el derecho, no presta el servicio, no entrega la cosa, eje-

(23) (Valencia Zea, Arturo, "Derecho Civil", Temis, Bogotá, 1960, T. III, p. 370).

cuta el comportamiento prohibido, etc. En tales casos, incumple de modo *absoluto* su obligación.

El incumplimiento es absoluto aunque el deudor ofrezca cumplir tardía, parcial o defectuosamente la obligación, porque el acreedor no está obligado a recibir un pago que no sea íntegro, efectivo y oportuno. Ahora, si a pesar de todo el acreedor recibe un pago que no reúna los requisitos exigidos, se está en presencia de otra modalidad del incumplimiento.

Para que pueda hablarse de incumplimiento es preciso que el deudor esté en *mora* de cumplir, lo cual sucede, según el artículo 1608 C. C., en los siguientes casos: 1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en *mora*; 2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; 3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. Esto último acontece en todos los contratos en que las partes no han estipulado plazo, ni éste ha sido determinado por la ley o por las circunstancias del negocio. Además cuando la ley exige ese requisito, como en ciertas hipótesis de los contratos de arrendamiento, de mutuo, de la administración de bienes ajenos (rendición de cuentas) y de los instrumentos negociables (protesto).

El principio de la *mora* es inútil en las obligaciones de *no hacer*. En efecto, dichas obligaciones “o se cumplen o se violan, es decir, no admiten sino una forma de infracción: el incumplimiento definitivo”. (24)

Solamente cuando el deudor se halla en *mora* de cumplir, puede el acreedor hacer uso de los derechos que le confiere la ley para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, la resolución del contrato o la indemnización de perjuicios compensatorios y moratorios.

B.- “Ocurre a veces —dicen Ripert y Boulanger— que el incumplimiento es solamente parcial. Eso puede entenderse de dos maneras diferentes.

“El deudor puede en primer lugar no cumplir más que *una parte de la obligación*. Ese cumplimiento parcial representa a veces una cierta ventaja para el acreedor (por ejemplo, se le deben cien tone-

(24) (Gatica Pacheco, op. cit., p. 84-5).

ladas de carbón y se entregan cincuenta); en tal caso el acreedor no tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios más que por la parte que no ha sido cumplida. Puede suceder, por lo contrario, que el objeto sea *indivisible*, en cuyo caso el acreedor tendrá el derecho de considerar que el contrato no ha sido cumplido. Todo depende en consecuencia del carácter *divisible* o *indivisible* de la obligación.

“En segundo lugar, el deudor puede no cumplir una *obligación accesoria* a la obligación principal; en ese caso el contrato no presenta ya la misma utilidad para el acreedor. Si la obligación accesoria es *esencial* en razón de esa utilidad, hay un incumplimiento completo del contrato; si es *secundaria*, el contrato ha sido cumplido parcialmente y sólo queda compensar el perjuicio resultante del incumplimiento de la obligación accesoria”. (las subrayas son textuales). (25)

En los casos de incumplimiento parcial también se exige el requisito de la *mora* en cuanto a la parte insoluta del crédito.

C.- Cuando el deudor cumple la obligación después del tiempo en que debió hacerlo, se habla de cumplimiento *tardío*. Dijimos que el acreedor puede rechazar un pago de esa índole; pero si lo acepta, no por ello pierde el derecho a exigir el pago de los perjuicios que se deriven de la *mora* del deudor.

D.- Por último, el cumplimiento puede ser *defectuoso*. “El deudor en ciertos casos —dicen Ripert y Boulanger— parece cumplir la obligación a su cargo, pero la cumple mal. Ese defecto en el cumplimiento puede presentarse en toda clase de obligaciones: por ejemplo, el deudor entrega una mercadería que no es de la calidad prometida y el acreedor la acepta sin darse cuenta; el deudor ejecuta el trabajo convenido, pero comete torpezas en ese cumplimiento; el deudor se pone al servicio del acreedor, pero no hace ningún trabajo útil”. (26)

16) La distinción entre el incumplimiento absoluto y el cumplimiento defectuoso interesa en materia probatoria. En principio, al acreedor no le corresponde probar el incumplimiento. Probada la obligación, el deudor debe, a su vez, aportar la prueba del cumplimiento; de lo contrario, se presume que incumplió (artículo 1757 C. C.). Ahora bien, si el deudor ofrece pruebas de que se cumplió la

(25) (Ripert-Boulanger, op. cit. T. IV, p. 461).

(26) (Ripert-Boulanger, op. cit., T. IV, p. 461).

obligación y el acreedor estima que dicho cumplimiento fue defectuoso, debe justificar esa pretensión. (27)

Lo anterior significa que el cumplimiento se reputa perfecto, a menos de probarse lo contrario. Al acreedor le corresponde destruir la apariencia de cumplimiento brindada por el deudor.

El cumplimiento parcial y tardío surgen de la prueba misma ofrecida por el deudor. Al juez le basta comparar la prueba de las circunstancias de tiempo, lugar y modo del cumplimiento con la extensión y las modalidades de la obligación, para constatar si hubo cumplimiento parcial o tardío. Por ejemplo, si la obligación era de entregar 100 toneladas de carbón y el deudor sólo acredita la entrega de 50; o si debía cumplir el 1º de diciembre y ofrece un recibo fechado el 20.

Además, la distinción de las diversas modalidades del incumplimiento importa para determinar los perjuicios que debe indemnizar el deudor. De ello nos ocuparemos al hablar del daño y su reparación.

17) El incumplimiento, en cualquiera de sus formas, debe ser imputable al deudor; en este caso, a la Administración. En el capítulo primero vimos cuando puede hablarse de actividad administrativa. Haremos, sin embargo, algunas precisiones sobre el particular.

En primer lugar, la Administración responde de los actos de todos sus funcionarios y no sólo de los encargados de cumplir sus obligaciones contractuales. En efecto, según el artículo 1738 C. C., “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable” y tales son las vinculadas a la Administración por relaciones de representación o de trabajo.

En algunas hipótesis la Administración responde de actos de personas que le son ajenas. Por ejemplo, el artículo 1998 C. C., dice que “el arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa, sino de las de su familia, huéspedes y dependientes”. Juzgamos que esta regla, concebida para el arrendamiento de viviendas, puede ser extendida a los casos en que la cosa arrendada se destina de alguna manera al uso público, así los daños ocasionados por el público en las oficinas destinadas a atenderlo, deben ser reparados por la Administración.

Pero una persona administrativa no responde de los actos de las demás personas públicas. Si una decisión de la Administración Cen-

(27) (Ripert-Boulanger, op. p. 465; Valencia Zea, op. cit., p. 358 y ss.).

tral viola el derecho de un cocontratante de alguna de las administraciones locales, ésta no es responsable de la infracción. Desde luego, la Administración Central puede comprometer su responsabilidad, pero no por la violación del contrato sino por infracción del principio de legalidad. Sin embargo, el Consejo de Estado se inclina por otra solución, según se advirtió en el cap. 1, N° 9.

Por último, la Administración no responde de los actos de las restantes ramas del poder: las decisiones legislativas y jurisdiccionales no le son imputables.

18) El incumplimiento de la obligación no constituye razón suficiente para proclamar la responsabilidad administrativa. La Administración, como todos los deudores, sólo está obligada a indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento *culpable* de las obligaciones a su cargo. En efecto, el artículo 1604 C. C., dice que “el deudor no es responsable sino de la *culpa lata* en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la *leve* en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la *levísima* en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

El artículo 63 C. C., define las varias clases de culpas. Dice que “*culpa grave, negligencia grave, culpa lata*, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero*, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa o descuido*, sin otra calificación, significa culpa o descuido *leve*. Esta especie de culpa se opone a la *diligencia o cuidado ordinario o mediano*.

“El que debe administrar un negocio *como un buen padre de familia*, es responsable de esta especie de culpa.

“*Culpa o descuido levísimo* es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la *suma diligencia o cuidado*.

“El *dolo* consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

19) El texto del artículo 1604 C. C., no permite poner en duda la necesidad de la culpa del deudor como presupuesto de la responsabilidad contractual. Sin embargo, el régimen de la culpa en nuestro derecho está lejos de ser claro y preciso. En primer lugar, ofusca la noción de culpa, referida a un tipo ideal difícilmente discernible, o mejor, a tres tipos ideales, según la naturaleza del contrato cuestionado. En segundo lugar, se discute sobre la necesidad de probar la culpa: ¿surgerà ésta del mero hecho del incumplimiento? Será necesaria una prueba especial? En fin, no resulta sencillo armonizar las ideas de culpa y de fuerza mayor o caso fortuito de modo que estos fenómenos sean equiparables a la ausencia de culpa.

20) Estos problemas son de escasa ocurrencia en la práctica. Podríamos decir, haciendo nuestras las palabras de Colin y Capitant, que es imposible "citar una sola decisión judicial que libere a un deudor por la razón de que el cumplimiento de su obligación habría requerido una diligencia superior a la de un bonus pater familiae". (28). Ello, porque el acreedor no necesita probar la culpabilidad del deudor para exigir el pago de los daños ocasionados por el incumplimiento. En otras palabras, la inejecución del contrato permite presumir la culpa.

Veamos como opera esta presunción en las hipótesis de incumplimiento *absoluto*, *parcial* o *tardío* y en las de cumplimiento *defectuoso*.

a) En las primeras, el acreedor ha probado la obligación, mientras que el deudor no ha conseguido probar el cumplimiento o sólo ha probado una ejecución parcial o tardía. La culpa se presume: aparece de la ineptitud de la prueba ofrecida por el deudor.

b) En el cumplimiento defectuoso el acreedor prueba la obligación y el deudor acredita una apariencia de cumplimiento: entregó la cosa, realizó la labor, etc. Corresponde al acreedor probar los defectos del cumplimiento, destruir la apariencia presentada por el deudor y mostrar que, en realidad, hubo incumplimiento. No le corresponde propiamente demostrar la culpa, como lo sostiene la doctrina tradicional. Probado el incumplimiento, la culpa se presume. En ocasiones, sin embargo, será necesario acreditar el incumplimiento mediante la prueba de la falta de diligencia o cuidado del deudor; pero esta es una cuestión de hecho sobre la que no se puede generalizar.

(28) (Colin-Capitant, op. cit., T. III, p. 25).

El acreedor no está obligado a probar la culpa del deudor. Esa es la doctrina que se desprende con toda claridad del artículo 1604, inc. 3º del C. C., según el cual "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". Es indiscutible, entonces, que el deudor debe acreditar la ausencia de culpa, probando su diligencia o cuidado o la ocurrencia del caso fortuito o de la fuerza mayor que le impidieron cumplir con su obligación. Ahora bien, la prueba de lo primero es sumamente difícil. Hay que establecer la conducta posible del tipo ideal y compararla con la del deudor. ¿Cómo se comportaría el tipo ideal? De hecho, se considera que el tipo ideal es aquel que cumple a cabalidad con sus compromisos y que no contrae obligaciones superiores a sus posibilidades. (29)

Muchos autores opinan que la culpa consiste en el incumplimiento de la obligación (30). Así lo ha sostenido, además, la Corte Suprema de Justicia en recientes decisiones (31). Con todo, el incumplimiento de la obligación es una presunción de culpa, pero no la culpa misma. De lo contrario, la noción de culpa sería inútil. Bastaría que el Código dijera que el deudor responde del incumplimiento de la obligación, a menos de probar el caso fortuito o la fuerza mayor liberatorios. Tal parece ser la solución del Código Francés (artículos 1147 y 1148); pero en Francia no existe un precepto claro como el del artículo 1604 de nuestro Código Civil.

La culpa es la falta de la diligencia y cuidado que incumben al deudor según la naturaleza del contrato. Ahora bien, la cuestión de si el incumplimiento es de por sí constitutivo de culpa hay que resolverla en cada caso particular, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean. No puede afirmarse de una vez por todas que el tipo ideal es aquel que nunca incumple sus obligaciones ni asume compromisos de los que quizás no pueda liberarse. Según esto, el tipo ideal sería un sujeto enteramente pasivo, similar al personaje evangélico que enterró su talento para evitar perderlo, pues toda obligación que se contrae lleva consigo el riesgo de su incumplimiento. ¿Para qué hablar entonces de culpa y de tipos ideales? Nuestro

(29) (Cfr. Valencia Zea, op. cit., p. 336).

(30) (Cfr. Colin-Capitant, op. cit., T. III, p. 22; Josserand, "Cours de Droit Civil Positif Français", Sirey, París, 1939, T. II, p. 386; Ripert-Boulanger op. cit., T. IV, p. 466; Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Porrúa, México, 1964, T. II, p. 93; Valencia Zea, op. cit., p. 337; Pérez Vives, op. cit., Vol. II, ps. 13-4).

(31) (Derecho Colombiano, Marzo 67, No. 63, p. 335).

derecho no asimila la prudencia y el cuidado a la pasividad absoluta. Esta no es una virtud propia de los hombres diligentes cuidadosos.

El deudor puede liberarse de los efectos del incumplimiento mediante la prueba de su diligencia y cuidado en el cumplimiento de la obligación, es decir, acreditando que obró como lo habría hecho aún una "persona negligente o de poca prudencia", o como "un buen padre de familia", o con "la esmerada diligencia de un hombre juicioso", según la índole del contrato. Es importante destacar, con Mazeaud-Tunc, que se trata de establecer el comportamiento posible del tipo ideal situado en las mismas circunstancias *externas* que el deudor y no en idénticas circunstancias *internas*, porque al tipo ideal se lo supone óptimo. (32)

El derecho no señala con exactitud las características del tipo ideal. Por consiguiente, la apreciación de la diligencia y cuidado queda librada prácticamente al buen criterio del juez.

21) Debemos considerar ahora si la ausencia de culpa equivale a fuerza mayor o caso fortuito. La ley dice que fuerza mayor o caso fortuito "es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionamiento público, etc.". (Ley 95/90, artículo 1º).

Si la imprevisión y la irresistibilidad del suceso se toman en un sentido absoluto, la respuesta tiene que ser negativa. La ausencia de culpa y la fuerza mayor o el caso fortuito (expresiones cuyo contenido es idéntico, a la luz de la definición legal) vienen a ser dos fenómenos liberatorios distintos. Así parece desprenderse del texto del artículo 1604 C. C., pues el deudor sólo responde de su culpa y no responde del caso fortuito.

Sin duda, si se dice que el caso fortuito es el acaecimiento que *nadie* habría podido prever ni resistir, ni siquiera la persona más diligente y cuidadosa, dotada de la inteligencia, la imaginación, los conocimientos y los medios óptimos para prever y resistir los obstáculos que pudieran presentarse en la ejecución de sus obligaciones, no cabe equiparar los dos fenómenos liberatorios. La ausencia de culpa es el empleo de la diligencia y cuidado a que el deudor se obliga de acuerdo con la índole del contrato. Ya vimos que su conducta se aprecia frente a modelos distintos. En unos casos se le exige una diligencia o cuidado mínimos. En otros, debe obrar con

(32) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I., Vol. II, ps. 85 y 385).

la diligencia y cuidado ordinarios. En fin, hay casos extremos en que está obligado a actuar de la manera más diligente y cuidadosa que le sea posible. Solamente en los casos en que el deudor responde hasta de la culpa levisima, la ausencia de culpa puede confundirse con la fuerza mayor y el caso fortuito. En las hipótesis restantes queda una zona intermedia que constituye ausencia de culpa pero no fuerza mayor o caso fortuito.

Algunos autores, como Valencia Zea, pretenden llevar la diligencia y cuidado exigibles al deudor hasta los límites del caso fortuito concebido en forma absoluta. Dice así el mencionado expositor: "En todo caso, en lo que se relaciona con el Código Civil y con las legislaciones modernas la culpa del deudor se relaciona automáticamente por el simple hecho de no cumplir su obligación. En efecto, conforme al segundo párrafo del artículo 1604 "el deudor no es responsable del caso fortuito" (o fuerza mayor): y según el párrafo 3º del mismo artículo, la prueba del caso fortuito o fuerza mayor incumbe "al que lo alega". En forma bien clara agrega el primer párrafo del artículo 1733: "El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega". Resulta, pues, que el deudor no es responsable del incumplimiento cuando se debe a una imposibilidad absoluta, vale decir, a fuerza mayor o caso fortuito; pero en todos los demás casos responde del incumplimiento". (33)

Esta doctrina choca abiertamente con el artículo 1604 C. C., según el cual el deudor sólo responde de su culpa, y con el artículo 63 C. C. que señala lo que debe entenderse por culpa.

Si se insiste en el carácter absoluto de la fuerza mayor o del caso fortuito, no queda más remedio que considerar que hay dos formas de liberación de la responsabilidad del deudor: la ausencia de culpa (es decir, el haber empleado la diligencia y cuidado exigibles) y la fuerza mayor y el caso fortuito.

Sin embargo, es discutible que la fuerza mayor y el caso fortuito sean nociones de carácter absoluto. Consideremos, en efecto, las expresiones que emplea la ley. ¿Qué es lo imprevisto? ¿Será aquello que efectivamente no se previó? ¿Será, más bien, lo absolutamente imprevisible? ¿O, lo que no pudo preverse no obstante el empleo de la diligencia y cuidado a que estaba obligado el deudor? De otra parte, ¿qué es aquello a que no es posible resistir? ¿Será lo que efectivamente no pudo superar el deudor? ¿Será lo que aún el deudor mejor armado no habría podido resistir? ¿O, en fin, lo que no pudo

(33) (Valencia Zea, op. cit., p. 337).



superar el deudor a pesar de haberse comportado del modo diligente y cuidadoso que le imponía el contrato?

Es claro que el caso fortuito no se configura porque el deudor no pudo efectivamente prever ni resistir el acontecimiento. Ello equivaldría a premiar al deudor torpe, descuidado, de inteligencia, imaginación y voluntad escasas. Situado en las mismas circunstancias externas, otro deudor mejor dotado que hubiera previsto el hecho sin poderlo resistir, no podría alegar en su favor el caso fortuito. Por otra parte, perdería todo sentido el exigir del deudor la diligencia y cuidado de un tipo ideal, es decir, la previsión y la fortaleza de dicho tipo. La exigencia quedaría reducida a lo siguiente: el deudor debe tener la capacidad de previsión y de resistencia que efectivamente tenga.

Esta posición es, sin duda, insostenible. Pero ello no implica la validez de la opinión contraria, según la cual es imprevisto e irresistible, a efectos del caso fortuito, todo acontecimiento que *nadie* hubiera podido prever ni resistir. En efecto, ¿cuál es ese acontecimiento? Si se adopta el principio de causalidad en el sentido que le da la metafísica tradicional, no hay en realidad nada imprevisto. Los acontecimientos que nos parecen fortuitos lo son por el desconocimiento de las causas que se han conjugado para realizarlos. Una inteligencia que pudiera conocer la totalidad de las causas que operan en el Universo estaría en capacidad de preverlo todo. Ciertamente, ningún hombre goza de un poder mental semejante. Pero la creciente adquisición de conocimientos por el hombre moderno impide saber cual es realmente el límite actual de lo humanamente previsible. No podemos conocer hasta qué punto se ha ensanchado la inteligencia humana. Lo que puede parecer fortuito para el hombre común, es susceptible de caer dentro de las previsiones del científico. Por ejemplo, el hombre ordinario, con base en sus experiencias y en su ilustración, está en capacidad de prever la crudeza del invierno en determinadas épocas del año; pero una nevada en zona tropical será para él un fenómeno enteramente fortuito. En cambio, un meteorólogo, provisto de los conocimientos y de los recursos técnicos más adelantados, quizás pueda estar en capacidad de preverla fácilmente.

Como se ve, de tomarse la imprevisibilidad del acontecimiento en un sentido absoluto, el juez tendría que poseer los más avanzados conocimientos y recursos de la ciencia y de la técnica para poder decidir en el caso concreto si el acontecimiento alegado por el deudor era o no imprevisto. Se trataría de una exigencia imposible de cumplir, porque nadie puede saber hasta donde han llegado los adelan-

tos científicos. Es más acorde con la realidad pensar que la previsibilidad del deudor debe ser la de un hombre diligente y cuidadoso.

En cuanto a la exigencia de que el acontecimiento no sea resistible, podemos formular consideraciones similares. ¿Cuál es la medida de la resistibilidad del hombre ante los obstáculos que se le oponen? ¿Cuáles son los eventos que actualmente ningún hombre está en capacidad de superar? Salta a la vista la dificultad de señalar un límite preciso en esta materia. Además, ello es innecesario. El derecho tampoco exige que el deudor esté armado de todos los recursos técnicos ideados hasta el momento para hacer frente a los acontecimientos que puedan estorbar a sus propósitos. Solamente le exige, en principio, una fortaleza media. En ocasiones, pide que sea más resistente que el común de los hombres; en otras, reduce sus exigencias a un mínimo.

Tomados en un sentido absoluto, los caracteres de la fuerza mayor y del caso fortuito pierden toda significación. Para que estos fenómenos liberatorios tengan algún sentido, es necesario armonizar la noción legal con las disposiciones relativas a la culpa. De esa manera, podemos decir que la previsión y la fortaleza del deudor deben ser, en principio, las de un buen padre de familia. A veces deben ser superiores; en otras, inferiores. Es forzoso concluir, diciendo con Mazeaud-Tunc, que la fuerza mayor "es una noción variable y relativa: el obstáculo que el deudor no tenía que franquear". (34)

Podemos concluir, de lo dicho, que la culpa y el caso fortuito (o fuerza mayor) son dos nociones complementarias. En otras palabras, que la ausencia de culpa y el caso fortuito son fenómenos equiparables: el caso fortuito es el suceso que el deudor no está obligado a prever ni a superar porque excede a la diligencia y cuidado que legalmente debe observar. O, como dicen Mazeaud-Tunc, "la fuerza mayor debe aparecer en el límite superior de la obligación". (35)

Entonces, al deudor se le abren dos vías para escaparse de la responsabilidad que normalmente debe seguir al incumplimiento. Puede probar que obró con la diligencia y cuidado a que estaba obligado; o bien, puede acreditar la fuerza mayor o el caso fortuito. Ahora bien, en la práctica estas dos cuestiones suelen confundirse. Frecuentemente el deudor tendrá que acreditar que, pese a sus esfuerzos, un acaecimiento fortuito le impidió cumplir lo prometido. Con todo, no nos atrevemos a sentar el principio general de que solamente la prueba del caso fortuito permite decir que el deudor obró sin culpa, esto es, con la diligencia y el cuidado que de él se esperaban.

(34) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I., V, II, p. 360).

(35) (ib.).

“EL ILICITO EXTRA CONTRACTUAL”

1) Las lesiones particulares producidas por la actividad administrativa no surgen solamente de la violación del principio de legalidad o de la infracción de deberes contractuales. En muchas ocasiones la actividad administrativa acarrea daños imputables a otra clase de violaciones, denominadas por la doctrina con el nombre de ilícitos extracontractuales. Por ejemplo, aún obrando dentro del principio de legalidad, la Administración puede perjudicar a personas que no están vinculadas a ella por relaciones obligatorias, como cuando, en casos autorizados por las normas superiores y siguiendo el procedimiento indicado, la autoridad competente hace un uso imprudente del poder de policía y lesiona a un particular en su persona o en sus bienes.

Salta a la vista la impropiedad de la denominación empleada, pues no todos los daños ocasionados por fuera del contrato se ciñen a un mismo régimen. Las violaciones del principio de legalidad siguen un régimen especial, si bien nacen por fuera del contrato. Con todo, seguiremos utilizando la expresión ya consagrada por el uso.

El régimen de responsabilidad administrativa que vamos a estudiar en este capítulo es de aplicación subsidiaria. Esto significa que solamente puede aplicarse cuando el caso en cuestión no encaje dentro de las hipótesis de violación del principio de legalidad o de deberes contractuales. Desde otro punto de vista, en este régimen se halla contenido el “derecho común de la responsabilidad”, pues todo caso que no quede comprendido dentro de los regímenes estudiados en los capítulos anteriores, debe ser analizado conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

2) La responsabilidad extracontractual administrativa, al igual que la contractual, se rige fundamentalmente por las disposiciones del Código Civil. Es cierto que todas las causas de responsabilidad directa de la Administración deben ventilarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tenor de los artículos 20, 30 y 32 del D. 528/64, pero dichas normas no reglamentan el fondo de dicha responsabilidad, como tampoco lo hace el art. 68 del C. C. A. Los preceptos citados apenas aluden a las indemnizaciones exigibles cuando

“la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa” (art. 68 C. C. A.) o en términos más generales, a la responsabilidad por “actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho” de la Administración (arts. 30 y 32 D. 528/64) sin determinar propiamente el ilícito de que surge la responsabilidad en cuestión. El Capítulo VII del C. C. A. tampoco estudia en sus restantes normas el detalle de la responsabilidad extracontractual. Sus afanes se dirigen a la reglamentación de la violación del principio de legalidad, pero, según el criterio de la Comisión Redactora, ciertos daños extracontractuales deberían quedar sometidos al derecho civil (Vid., Supra, Cap. I, nota 8ª).

Ahora bien, es menester averiguar cual es el precepto civil que regula la responsabilidad directa de la Administración en materia extracontractual. La doctrina tradicional sostiene que el principio general en este asunto se halla consagrado en el art. 2341 C. C. Nosotros nos apartamos del criterio indicado. Dicha norma, en efecto, resuelve el problema planteado por las infracciones penales que al mismo tiempo ocasionan lesiones patrimoniales. Podría pensarse que tales hechos, por generar responsabilidad penal, deberían quedar libres de los efectos civiles de los restantes eventos dañosos. Pues bien, el art. 2341 despeja toda duda sobre el particular: no importa que el acto tenga sanciones penales, si ocasiona, además, lesiones patrimoniales, genera también responsabilidad patrimonial o civil. Las expresiones utilizadas en la redacción del artículo así lo indican. Alguna duda podría quedar sobre el sentido de la norma, pero ello se explica por la deficiente terminología empleada. El antiguo derecho penal no sabía establecer con claridad el carácter delictuoso de las “culpas”, aunque admitía su castigo. De ahí que hablara de los “delitos” y las culpas, como de dos entidades diversas. Algunos autores han pretendido que los delitos son los hechos prohibidos por la ley penal y las culpas, los sancionados por la ley civil, pero esa interpretación es errónea. Los delitos son los actos dolosos; las culpas son los culposos. Ambas clases de actos caben dentro de la noción más precisa del moderno derecho penal, que habla simplemente de delitos imputables a dolo y de delitos imputables a culpa.

Como las personas jurídicas no son sujetos imputables en materia penal, el art. 2341 C. C. nada tiene que ver con ellas. El fundamento de su responsabilidad hay que buscarlo, más bien, en el art. 2356 C. C. (1)

(1) (Cfr. Tobón Arbeláez, Diego. “Principios Fundamentales de Derecho Administrativo”, Tip. Industrial, Medellín, 1939, p. 295).

El art. 2356 C. C., en efecto, dice que “*por regla general* (la su-  
braya es nuestra) todo daño que pueda imputarse a malicia o negli-  
gencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente  
obligados a esta reparación:

- 1) El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
- 2) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las des-  
cubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no  
caigan los que por allí transitan de día o de noche;
- 3) El que obligado a la construcción o reparación de un acueduc-  
to o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar  
daño a los que transitan por el camino”.

Se advierte que el art. 2356 no constituye una mera repetición  
del art. 2341 del Código Civil. Aquél establece una regla general; éste  
proclama la compatibilidad de las sanciones penales y las civiles con  
relación a los mismos hechos. El art. 2341 no sienta el principio ge-  
neral de la responsabilidad civil ni el art. 2356 establece una regla  
excepcional de responsabilidad sin culpa o “por actividades peligró-  
sas”, como lo ha sostenido la Corte a través de un razonamiento frau-  
dulento del que nos ocuparemos más adelante. (2)

3) Según el texto del art. 2356, solamente los daños que pue-  
dan imputarse a malicia o negligencia de una persona deben ser re-  
parados por ésta. No cabe discusión alguna acerca de que el funda-  
mento de la responsabilidad extra-contractual en nuestro derecho deba  
buscarse en la “culpa” y en el daño producido por ella.

Sin embargo, parte de la doctrina nacional, encabezada por la  
misma Corte, considera que además del principio de la culpa, existe  
otro fundamento que cubre un ámbito apreciable de la responsabili-  
dad civil: el de las actividades peligrosas. Dicho principio es, con  
algunos matices, el postulado por la teoría del riesgo. A veces no se  
niega rotundamente el principio de la culpa, pero se dice que las ac-  
tividades peligrosas deben someterse a un régimen especial que en el  
fondo es el del riesgo.

Así, la Corte ha dicho, a partir de 1938, que “el art. 2341 del  
C. C. autoriza la indemnización cuando la víctima prueba la culpa  
o el dolo del autor del año; el 2356 le releva de esta obligación arro-  
jando la prueba de irresponsabilidad sobre la persona que ejerce

(2) (Vid., Tobón Arbeláez, op. cit., p. 295 y ss.).

actividades reputadas peligrosas. La culpabilidad se presume en aque-  
llos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural  
permite atribuir a culpa o dolo de otro o de aquellos hechos que,  
por su propia naturaleza, o por las circunstancias en que se realiza-  
ron, sean susceptibles de imputarse a culpa de terceros. La presun-  
ción del art. 2356 no es aplicable a los casos en que la propia víctima  
sea el agente de actividad peligrosa, como empleado o dependiente  
de la Empresa.

“La doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casa-  
ción Civil y de Negocios Generales, es la de que la presunción de  
culpa, que se encuentra consagrada en el art. 2356, opera en favor  
de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas ca-  
racterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la  
existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima,  
quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y  
el perjuicio, vierte sobre el autor de aquel la obligación de acreditar  
una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda respon-  
sabilidad”. (3)

En esta materia, como en la contractual, suelen mezclarse dos  
problemas distintos: el sustantivo y el probatorio. Examinaremos en  
seguida el primero. El asunto de la prueba lo estudiaremos posterior-  
mente. Por ahora no nos interesa saber si el art. 2356 establece  
una presunción de culpa sino averiguar si proclama un principio  
general sobre actividades peligrosas.

No nos cabe duda de que la respuesta tiene que ser negativa. La  
norma citada se refiere a toda clase de actividades maliciosas, ne-  
gligentes o imprudentes. Examinados sin prejuicios ideológicos, los  
ejemplos que trae el artículo dejan ver que su órbita no es la de las  
actividades peligrosas. Mírese el primero de ellos: disparar un arma  
es peligroso, pero el texto reprocha ese acto si se ejecuta *impruden-  
temente*, no por el mero hecho de realizarlo. Los dos ejemplos señalan  
conductas negligentes, dignas de sanción por ello, más no por  
el peligro que encierran.

Así, aunque el art. 2356 contuviera un principio distinto del  
consignado en el art. 2341, no podría afirmarse que dicho principio  
es justamente el de la responsabilidad especial por actividades pe-  
ligrosas.

(3) (Vid., Ortega Torres, Jorge, “Código Civil”, Temis, Bogotá, 1957, p. 983 y ss.).

Lo que hay en el fondo de la tesis de la Corte es la aplicación de un método de interpretación no fundado en el derecho positivo. En efecto, se pretende que el principio del art. 2356 es obsoleto: era válido para la época de la expedición del Código, pero no se ajusta a las exigencias de la vida moderna en la que se han multiplicado ad infinitum las posibilidades nocivas. Por consiguiente, el fallador debe interpretar la norma según las necesidades del momento histórico que le toca vivir, modificando su sentido, su alcance y sus efectos, si ello es necesario. Pero se olvida que dicho ajuste debe ser realizado por el legislador, no por el intérprete. Si el legislador no ha considerado hasta el momento que las actividades peligrosas merecen ser reglamentadas especialmente, el intérprete no puede adelantársele, excediendo con ello su función.

4) Valencia Zea, después de estudiar la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia, advierte que su valor no debe medirse "como una simple interpretación extensiva mediante el procedimiento de la analogía, ya que poca semejanza existe entre remover las losas de una acequia o no construir o reparar un acueducto, y conducir un automóvil, un ferrocarril, un barco, una nave aérea, etc.; sino más bien como una verdadera investigación científica de nuevas soluciones que era necesario dar a un sinnúmero de problemas creados por una nueva civilización de máquinas y energías. Toda la jurisprudencia mencionada encuentra un punto de apoyo más directo y lógico en el art. 8º de la ley 153 de 1887 que en el art. 2356. Como lo ha dicho la Corte Suprema, cuando se redactó el Código no se previeron daños causados por máquinas o energía, que no existían en aquel entonces; fueron en verdad casos nuevos para los cuales no existía solución en el Código. El citado art. 8º de la ley 153 de 1887 autoriza al juez para aplicar "las reglas generales de derecho" cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido.

"Ahora bien, es principio o regla general de derecho que todo daño causado a otro debe repararse. Como el Código hace algunas aplicaciones de tal principio ordenando la reparación de los daños debidos al hecho propio, al hecho ajeno, al hecho de los animales, a la ruina de un edificio y a cosas que caen o se arrojan de la parte superior de un edificio, la Corte Suprema no ha hecho otra cosa que extender la aplicación de la mencionada regla general o los daños causados por medio de actividades peligrosas, empleando al respecto un criterio diferente al existente para la reparación de los daños debidos al hecho propio y al hecho ajeno". (4)

(4) (Valencia Zea, op. cit., p. 257).

Este razonamiento es inadmisibles. De una parte, es dudoso que exista un auténtico vacío legislativo en relación con las llamadas actividades peligrosas. Pero, en fin, aunque lo hubiera, el principio general postulado por nuestro derecho es el de que "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" y no el de que "todo daño causado a otro debe repararse", como piensa Valencia Zea. Así, el principio a que hay que acudir para resolver los problemas no contemplados expresamente por la ley es el de la culpa, no el del riesgo. Además, este último, proclamado como principio de justicia independiente de la legislación positiva, es bastante discutible, como lo hacen ver con abundantes razones, Mazeaud-Tunc. (5)

Nuestro derecho, sin embargo, hace algunas concesiones a la teoría del riesgo. Ya destacamos la principal de ellas: la responsabilidad indirecta sólo puede explicarse satisfactoriamente por la idea de garantía. Además, los daños ocasionados por trabajos públicos (Cap. XXII, C. C. A) y los causados por animales fieros de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio (art. 2454 C. C.), deben ser reparados por fuera de la idea de culpa. Pero estas aplicaciones de la teoría del riesgo son excepcionales. No pueden tener fuerza para proclamar que son manifestaciones de un principio general.

5) En principio, el acto generador de responsabilidad extra-contratual debe ser *malicioso, negligente o imprudente*. Se trata, por lo tanto, de un acto ilícito, esto es, contrario a un deber jurídico. En qué consiste dicho deber? En primer lugar, es un deber general, frente a todo el mundo. Toda persona está obligada a no ser maliciosa, negligente o imprudente, no con relación a determinados sujetos, sino frente al prójimo en general. Este deber no hace parte de la relación obligatoria que se traba entre sujetos determinados. En segundo lugar, es un deber indeterminado. No puede hacerse un catálogo previo de los comportamientos maliciosos, negligentes o imprudentes. El contenido del deber lo determinan las circunstancias en que se desenvuelve la actividad.

René Chapus destaca esta peculiaridad y la denomina como "relatividad de la obligación". Dice así el mencionado autor: "afirmar la preexistencia (necesaria) de la obligación, no significa ni implica que la obligación sea o deba ser reconocible e identificable de algún

(5) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I., V. II, ps. 1a. y ss.).

modo, *apriori*, es decir, antes de su violación. Es necesario esperar que se reúnan las circunstancias de hecho que han rodeado el acontecimiento para saber si un deber se imponía a la persona cuestionada; en este sentido, se podría decir, sin paradoja, que es su violación lo que revela la existencia del deber, o mejor, la preexistencia. Así sucede, incluso, en las obligaciones legales mejor definidas, las más incontrovertibles, por ejemplo, la obligación de un conductor de circular por su derecha; hay que esperar la realización del accidente para saber si dicha obligación se le imponía al momento del accidente, es decir, si ella existía bien especificada: es así como, si la parte derecha de la calle estaba sembrada de escombros depositados por la oficina de "puentes y calles", o paralizada por trabajos públicos, o era simplemente inutilizable por su mal estado, el conductor podría legítimamente circular por la izquierda: la obligación general de circular por la derecha no existía para él. Así, según las circunstancias, la obligación existirá o no, es decir, según los elementos de hecho imprevisibles, y es al juez, a propósito de cada caso llevado ante él, a quien corresponde decidir si el individuo cuya conducta se pone en causa ha faltado, verdaderamente a una obligación que pesaba sobre él y que no observó". (6)

La afirmación de que en determinadas circunstancias se ha faltado a la buena fe, a la diligencia o a la prudencia, no surge de la comparación del hecho con la conducta ordenada de modo específico, por una norma preexistente. Dicha afirmación sólo puede hacerse mediante la comparación del comportamiento del autor del daño con el que habría observado un tipo ideal honrado, diligente y prudente en las mismas circunstancias externas de aquél (circunstancia de tiempo, de modo y de lugar).

La determinación de la culpa extracontractual es más sencilla que la de la contractual. En efecto, en materia extracontractual no es menester indagar por la conducta posible de tres tipos ideales. Aquí el tipo de comparación es único: el hombre medianamente honrado, diligente y prudente, es decir, el buen padre de familia. Algunos intérpretes opinan que en este campo se responde hasta de la culpa levísima, es decir, que en la vida de relación todos debemos comportarnos como excelentes padres de familia. Esta doctrina, fundada en algún texto romano ("In lege aquilia et levissima culpa venit"),

(6) (Chapus, René, "Responsabilité Publique et Responsabilité Privée", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957, p. 355).

no parece tener asidero en nuestro derecho. Según el art. 63 C.C., "culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve". Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano, de un buen padre de familia'

El ilícito extracontractual puede ser entonces definido con Mazeaud-Tunc, como "un error de conducta tal, que no habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño". (7)

6) Cómo aplicar estas nociones a las personas jurídicas, particularmente a las públicas? En el capítulo II mostramos que las personas jurídicas de toda índole pueden incurrir directamente en ilicitud por los actos de sus representantes y servidores que violen deberes de aquéllas. Lo que interesa aquí es determinar si las personas jurídicas también están sometidas al deber general de diligencia y cuidado, es decir, si deben desarrollar sus actividades como "un buen padre de familia".

La afirmación de la capacidad de las personas jurídicas para incurrir en culpa sería insostenible si para el derecho patrimonial la culpa fuera una categoría psicológica como lo es en el derecho penal. En éste, para proclamar el dolo o la culpa en el agente del delito es necesario sondear su conciencia. Utilizando la terminología de Mazeaud-Tunc, diremos que en el derecho penal la culpa se aprecia "*in concreto*". Es un fenómeno psíquico, íntimo e intrasferible. Pero la culpa en el derecho patrimonial no se aprecia *in concreto* sino *in abstracto*. Se compara la conducta del agente con la de un tipo ideal, abstracto, que se encontrara en las mismas circunstancias externas de aquél. Pero las circunstancias internas del agente carecen de influencia en la determinación de su culpabilidad. Sus hábitos, su temperamento, su estado anímico, su capacidad efectiva de prever las consecuencias de sus actos, o de impedirlos, no pueden ser tenidos en cuenta. Al tipo ideal, como dijimos atrás, se lo supone óptimo en relación con estas circunstancias. Además, si se consideraran esos factores de orden interno, habría que renunciar al tipo de comparación ideal y enfrentar al agente consigo mismo. (8)

Si la culpa civil resulta de la comparación de una conducta con la que habría observado un tipo ideal, no resulta descabellado elaborar un tipo ideal de empresa o de institución, para hablar con términos más

(7) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I. V. II, p. 85).

(8) (Cfr. Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I. V. II, p. 82 y ss.).

comprensivos, y comparar la organización y el funcionamiento de las instituciones concretas (individuales o colectivas) con dicho tipo. Ello significa que toda actividad debe, en lo posible, ajustarse a un tipo ideal. Si se aparta de él, se viola un deber jurídico, es decir, se incurre en culpa.

Hay, en efecto, daños imputables a la mala organización o al deficiente funcionamiento de las instituciones. Los empresarios, individuales o colectivos, deben repararlos, porque ellos están obligados a organizar la estructura y el funcionamiento de sus empresas de manera similar a como lo haría un buen padre de familia, esto es, en forma diligente y cuidadosa. Esa obligación debe ser cumplida por el empresario individual o por los representantes de las personas jurídicas, según el caso.

7) Llegamos con esto a la noción de *falta del servicio*, ideada por la jurisprudencia francesa para designar la culpa que da lugar a la responsabilidad directa de la Administración, pero que es, en realidad, aplicable también a la responsabilidad de las personas privadas. Sin duda este principio ha gozado de la mayor importancia dentro del derecho administrativo hasta el punto de que se ha llegado a sostener que sobre él se levanta el sistema autónomo de responsabilidad administrativa. Con todo, puede observarse que su fundamento en la noción de institución lo hace útil en todas las ramas del derecho.

Bonnard, citado por Sarria (9), expone de la siguiente manera la regla forjada por la jurisprudencia francesa para determinar la falla del servicio: "Se ha deducido que la responsabilidad del patrimonio público surge cuando el daño resulta de una mala organización o de un funcionamiento defectuoso del servicio, y esto, sin que sea necesario que en esa mala organización o defectuoso funcionamiento haya culpa de parte de un agente administrativo. *Esto es lo que constituye la llamada culpa del servicio público*, así denominada para indicar que no hay culpa individualizada de un agente administrativo, sino solamente una irregularidad de origen anónimo y de aspecto objetivo en la organización y en el funcionamiento del servicio" (las subrayas son textuales).

En realidad, el hecho generador del perjuicio no tiene que ser anónimo. Lo importante es que sus consecuencias nocivas deriven de

(9) (Sarria, Eustorgio, "Derecho Administrativo", Temis, Bogotá, p. 313).

la mala organización o del funcionamiento defectuoso del servicio, aunque su autor sea perfectamente localizable. Se quiere destacar con esto que no interesa determinar quien fue exactamente el autor del hecho, siempre que éste proceda de la actividad administrativa y se explique por una falla del servicio.

La noción de falla del servicio se toma usualmente en un sentido amplio, que domina varias zonas de la responsabilidad extracontractual. Por consiguiente, no consideramos que sean constitutivos de fallas del servicio los actos dolosos ni los ilegales. En efecto, los primeros, que son los imputables a "malicia" del agente público, es decir, a la "intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro", caen dentro del vicio de desviación de poder, pues la Administración no puede, en ningún caso, orientar sus actividades por esa clase de motivaciones. La responsabilidad por dichos actos, así como lo que surge de los segundos, se rige por los principios que estudiamos en el capítulo III. No se trata estrictamente de una responsabilidad extracontractual.

Generalmente los actos dolosos constituyen al mismo tiempo delitos penales. Esto no significa que la Administración responda por violaciones a la ley penal. Dichos actos son violadores del principio de legalidad y en este sentido son imputables a la Administración pero simultáneamente infringen deberes de los agentes públicos frente a la entidad administrativa y por ello son castigados por la ley penal. Esta, en efecto, los califica como "delitos contra la Administración Pública", que comprometen la responsabilidad penal del agente y, eventualmente, su responsabilidad civil.

8) La doctrina ha sistematizado las diversas hipótesis de fallas del servicio. Pérez Vives, por ejemplo, expone, entre otros, los siguientes casos de fallas del servicio: a) Por la falta de un servicio público que debía existir; b) Por la mala organización o defectuoso funcionamiento de un servicio público; c) Por la negativa a prestar un servicio público a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en las mismas condiciones que se presta a otro u otros; d) Por la negligencia o tardía prestación de ese servicio público. (10)

La responsabilidad administrativa en todo caso, puede surgir por acción o por omisión. Lo primero supone un comportamiento administrativo imprudente. Puede tratarse de una actuación entera-

(10) (Cfr. Pérez, Vives, op. cit., Vol. II, ps. 381-2).

mente ceñida a la legalidad, pero realizada sin las debidas precauciones. Por ejemplo, una decisión legal, expedida por funcionario competente, ajustada a las normas de procedimientos indicadas y con el lleno de las formalidades requeridas para su validez, con miras a la satisfacción del interés general, pero tomada apresuradamente, sin estudiar con cuidado sus efectos o su modo de operación. Otro caso sería el de una operación administrativa ejecutada en virtud de un acto impecable, pero realizada con torpeza.

La responsabilidad por omisión se presenta generalmente cuando la Administración está sujeta al deber legal de obrar. Pero también puede ocurrir que la diligencia aconseje obrar y, sin embargo, la Administración se abstenga de hacerlo, aunque no medie un deber preciso en tal sentido. Esto significa que la discrecionalidad administrativa no puede servir para amparar la incuria de la Administración.

La doctrina dominante sostiene que es un deber primordial de la Administración la prestación de los servicios públicos. Esta afirmación, elevada prácticamente a la categoría de dogma del derecho administrativo, es bastante discutible en los términos en que se suele formularla. La Administración debe prestar los servicios públicos creados y organizados por las normas superiores para los cuales se han provisto los recursos humanos y materiales suficientes. No puede exigírsele que preste un servicio, por necesario que se estime, si el Legislador no lo ha ordenado o no ha creado los empleos requeridos para atenderlo ni ha votado las partidas presupuestales necesarias para prestarlo. Mientras no se den ciertos supuestos legales, no puede sostenerse que la Administración esté en el deber de prestar un determinado servicio. Y su responsabilidad por la no prestación del servicio sólo puede comprometerse en la medida en que goce de las atribuciones y recursos suficientes para atenderlo. Igual sucede si el servicio no funciona con la agilidad deseada debido a que el Legislador no lo ha dotado de los suficientes recursos.

En la doctrina francesa a menudo se aprecia la responsabilidad administrativa con un criterio de gradación de culpas. Así, en algunos servicios la responsabilidad sólo surge de fallas graves, mientras que en otros, basta la culpa leve para comprometerla. Estas distinciones son ajenas a nuestro derecho, pues, como lo vimos atrás, en la responsabilidad extracontractual no se aplica el principio de la gradación de las culpas. Su fundamento radica sólo en la culpa leve, salvo en los casos que se admite el principio del riesgo.

9) Para ser breves, dejaremos a un lado el estudio de algunas hipótesis particulares de responsabilidad por culpa de que tratan los arts. 2351, 2353 y 2355 del C. C., relativos a los casos de daños causados por la ruina de un edificio, o por animales mansos o domésticos, o por las cosas que caen o se arrojan de un edificio. Diremos simplemente que esta responsabilidad "por el hecho de las cosas" no tiene el mismo sentido que la responsabilidad que se conoce por el mismo nombre en la doctrina francesa y que ha pretendido ser estudiada por algunos autores nacionales a través de algunos artículos del Código Francés.

10) Estudiaremos en seguida el problema de la prueba de la culpa extracontractual. Sobre el particular podemos destacar tres posiciones. La primera sostiene que la víctima debe acreditar la culpa del autor del daño para obtener las indemnizaciones exigidas. La segunda opina que el art. 2356 establece una presunción de culpa para el caso de que el daño sea causado por una actividad peligrosa. La tercera afirma que en materia extracontractual es aplicable el principio proclamado por el art. 1604 C. C., en el sentido de que la "prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo" y "la prueba del caso fortuito al que lo alega".

La posición primeramente expuesta es la tradicional, que se ampara en el art. 1757 C. C. Según este artículo, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Ahora bien, en la responsabilidad extracontractual el demandante alega que el demandado está en la obligación de reparar un daño que le ha causado a aquel por un acto ilícito (delito o cuasidelito). Debe, en consecuencia, probar la existencia de la obligación y el medio eficaz para ello es la prueba de su fuente, es decir, la prueba del delito o el cuasidelito.

La doctrina moderna ha reaccionado contra este criterio. Se considera que en muchas ocasiones la prueba de la culpa es prácticamente imposible. Por ejemplo, el perjudicado por un accidente de aviación difícilmente podrá acreditar que el daño se produjo por fallas en el mantenimiento del avión o por errores inexcusables del piloto. Ello ha conducido a forjar presunciones de culpa en ciertos casos, como los de actividades peligrosas. Ya vimos que la Corte pretende que el art. 2356 alude a dichas actividades. Nosotros rechazamos esa teoría. Pero queda por ver si el artículo citado realmente establece una presunción de culpa, ya no en materia de actividades

peligrosas sino en relación con toda clase de daños. La respuesta aquí también es negativa. El art. 2356 no establece ningún principio de carácter probatorio. Exige que el daño haya sido causado por malicia o negligencia de su autor, pero no dice a quien le corresponde probar la culpa. Como lo expresa Diego Tobón Arbeláez, el texto no dice que en caso de duda se impute la responsabilidad a una persona sino que condiciona la responsabilidad a que sea posible imputar el daño a malicia o negligencia suyas. Ahora bien, es necesario probar la condición sobre la que se alza la responsabilidad para poder afirmar esta última (11).

La última de las teorías indicadas, es decir, la que sostiene que el art. 1604 C. C. es aplicable por analogía a la responsabilidad extracontractual, tiene un fundamento más sólido. Nosotros nos inclinamos a aceptarla porque no vemos razones de peso para que en materia contractual se presuma la culpa y en materia extracontractual se presuma la culpa y en materia extracontractual sea necesario probarla. En efecto, la razón de la regla en cuestión en el ámbito contractual se explica por la aptitud para producir la prueba. Le resulta más fácil al deudor probar que ha obrado con diligencia y cuidado y que un caso fortuito le ha obstaculizado el cumplimiento de la obligación, que al acreedor probar lo contrario, es decir, que el deudor ha obrado culposamente. La prueba del perjuicio y de su imputabilidad al deudor cae bajo el dominio del acreedor, esto es, son hechos que el acreedor puede normalmente apreciar con algún esfuerzo. Pero el detalle del comportamiento del deudor es algo que, en cierto sentido, es ajeno al acreedor. Los hechos del deudor sólo viene a advertirlos al consolidarse el incumplimiento y sus efectos nocivos. Diremos, pues, que la existencia de la obligación, su incumplimiento y el perjuicio son hechos que caen bajo la esfera probatoria del acreedor, mientras que la culpa o su ausencia son fenómenos que caen bajo la esfera probatoria del deudor. Esta es la explicación del fundamento de la regla del art. 1604 C. C. que ofrecen, al menos para las obligaciones determinadas Mazeaud--Tunc. Nosotros creemos que es válido para toda clase de obligaciones, pues atrás rechazamos la clasificación indicada. (12)

Ahora bien, si esta explicación es válida en materia contractual, lo es aún en mayor grado en la extracontractual. En la primera es

(11) (Cfr. Tobón Arbeláez, op. cit., p. 327).

(12) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I, V. II., p. 398 y ss.).

natural que el acreedor observe hasta cierto punto el comportamiento del deudor, pues tiene interés en ello. En cambio, los daños extracontractuales suelen ser imprevistos para la víctima. Es imposible observar el comportamiento de todos aquellos que puedan perjudicarnos. Y producido el daño, investigar la culpa que pudo originarlo es tarea a veces imposible pues se trata de reunir elementos que a menudo escapan al alcance de personas ajenas al autor del daño. Este, por el contrario, debe conocer su conducta y puede dar fe de ella.

Se advierte, por consiguiente, que la justificación de la regla no radica en el hecho de que el sujeto activo del deber y el contenido de éste sean determinados, es decir, que no se trata de un principio que por naturaleza sólo sea aplicable a la relación obligatoria sino que también puede aplicarse a deberes distintos de la obligación.

Podría objetarse que la ubicación del art. 1604 dentro de los efectos de las obligaciones indica claramente la intención del legislador de restringir su contenido al ámbito contractual, pues en el extracontractual no existe un principio similar. Creemos que esta objeción no es decisiva. El Código, en realidad, no contiene una reglamentación completa y detallada de los deberes generales. Su preocupación fundamental se dirige hacia la elaboración de la teoría de las obligaciones. Pero si se admite la existencia de los deberes de sujeto activo y contenido indeterminados, es necesario construir su teoría, sobre las bases indicadas en el Código, vale decir, sobre los principios de las obligaciones que no sean incompatibles con los deberes generales. Algo similar sucede con la teoría general del acto jurídico. Los redactores del Código se ocuparon preferentemente de los contratos, es decir, de los actos jurídicos bilaterales. Sin embargo, la doctrina no se ha sentido impedida para elaborar la teoría general del acto jurídico, que incluye a los actos unilaterales, con base en los datos ofrecidos por la teoría de los contratos, en cuanto las reglas de éstos no se justifiquen por la presencia de dos voluntades concordantes en la formación del acto jurídico. Así como no se debe renunciar a la posibilidad de construir una teoría general del acto jurídico aunque el Código sólo reglamenta el contractual, tampoco juzgamos que se deba negar la posibilidad de elaborar una teoría más amplia del deber jurídico sobre los elementos brindados por la teoría positiva de las obligaciones.

Si nuestro razonamiento es exacto, debemos afirmar que también en materia extracontractual, se da una inversión de la carga de la prueba de la culpa. A la víctima le basta probar el daño y su



imputabilidad al demandado. Este, por su parte, debe acreditar que obró con diligencia y cuidado o la fuerza mayor y el caso fortuito. De lo contrario, se presume que obró con culpa.

+ 11) El Capítulo XXII del C. C. A. se refiere a las indemnizaciones por trabajos públicos. La responsabilidad por ciertos daños ocasionados por trabajos públicos está sometida a un régimen especial que se aparta de los principios generales sobre responsabilidad por culpa. En efecto, el principio que se aplica en tales casos es el del riesgo. No es necesario analizar el comportamiento administrativo frente a la legalidad o a la obligación general de diligencia y cuidado: el daño viene a calificar su ilicitud.

El Consejo de Estado enseña que “desde la expedición de la ley 167 de 1941, la responsabilidad de la Administración por los perjuicios ocasionados por trabajos públicos surge de la ley independientemente del delito o culpa. De consiguiente, en el contencioso por trabajos públicos el sujeto pasivo del daño no está obligado a comprobar otra circunstancia distinta que la realización del trabajo, ni otros hechos que los perjuicios sufridos como titular del derecho, para que tenga acción contra la entidad responsable”. (13)

Este régimen de excepción se aplica solamente a los comportamientos administrativos que tengan la calidad de “trabajos públicos” y a ciertos daños ocasionados por ellos.

La ley no trae definición alguna de los trabajadores públicos. El Consejo de Estado, siguiendo a la doctrina francesa, dice que “los elementos que caracterizan, según los doctrinantes, a los trabajos públicos son:

“a) Que éstos sean efectuados por cuenta del Estado, ya sea directa o indirectamente, lo que vale decir en nuestro país, por cuenta de la Nación, los Departamentos, los Municipios, y, en general, por entidad oficial.

“b) Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente de interés público o social.

“c) Que se realice en inmuebles; y

“d) Que el daño recaiga sobre una propiedad raíz y que entre él y el trabajo público exista una relación de causa a efecto”. (14)

(13) (Anales, T. LXI, No. 382-6, 1955, p. 85).

(14) (Anales, cit., p. 404).

En una decisión de 1950, el Consejo sostuvo que “la calificación de trabajo público debe tener como base que el trabajo sea hecho por la Nación, el Departamento o el Municipio, sin que importe que éstos ejecuten el trabajo por medio de agentes suyos o por medio de particulares controlados o supervigilados por las mismas entidades” y “que el trabajo recaiga sobre la construcción o conservación de un inmueble”. (15)

En la misma sentencia, el Consejo afirmó que “por trabajo público se ha entendido no sólo el hecho consistente en construir una obra sino también el resultado de la operación, o sea, la obra ya construída” (16). Por consiguiente, los daños que se deriven de la caída de un puente, de la ruptura de una presa en funcionamiento, del derrumbe de un edificio, etc., se someten al régimen que estamos analizando.

Esta concepción de los trabajos públicos es criticable por varios aspectos.

En primer lugar, creemos que los trabajos públicos, para merecer esa denominación, deben ser realizados directamente por la Administración, según el criterio que expusimos en el capítulo primero. Los trabajos realizados por contratistas independientes no son imputables directamente a la Administración, a menos que se verifiquen por el sistema de “administración delegada” (vid. arts. 264 C. C. A. y 11 de la ley 36/66).

En segundo término, , pensamos que es indebido ampliar la noción de trabajo público a la obra ya construída y en funcionamiento. Por trabajo se entiende una actividad en proceso de realización, no su resultado.

En tercer lugar, no vemos razón alguna para exigir que el trabajo “tenga una finalidad estrictamente de interés público o social”. Todas las actividades estatales deben tener la finalidad de esa índole. De lo contrario se incurrirá en desviación de poder. En otras palabras, todas las actividades o trabajos que realiza el Estado son públicos. La exigencia que se comenta viene del derecho francés que distingue dos sectores en la actividad estatal: el público y el privado. El primero se somete al derecho administrativo; el segundo se rige

(15) (Ortega Torres, Código Contencioso Administrativo, ed. cit., p. 391).

(16) (Ortega Torres, op. cit., loc., cit.).

por el derecho civil. Pero esa distinción no es decisiva en nuestro derecho.

Diremos, entonces, que la noción de trabajo público alude a las labores de construcción, mejoras y conservación de obras sobre inmuebles, realizadas directamente por la Administración Pública.

El daño debe producirse en "una propiedad particular" (art. 263 C. C. A.). Según el criterio de la comisión Redactora del Código, debe tratarse de una propiedad inmueble. El daño puede consistir en una ocupación de hecho. En tal caso, hay que distinguir dos situaciones. Si se trata de una ocupación temporal, la acción debe ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Pero si la ocupación es permanente, la competencia le corresponde a la jurisdicción ordinaria (D. 528/64, art. 6), porque, de acuerdo con una criticadísima decisión de la Corte, la ocupación permanente equivale a una expropiación.

Tascón opina que "el Código no solamente prevé el caso de que el Estado se adueñe de una zona para la construcción de un ferrocarril, de un cuartel, de un puente, de un campo de aviación, etc., o de que ocupe otra aldea para campamento de trabajadores o acumulación de materiales, etc., sino que cause daños por la ejecución de trabajos públicos, verbigracia: demolición o ruina de edificios, destrucción de cercas, privación del beneficio de las aguas o de acceso a las vías públicas, tala de plantaciones agrícolas, extracción de piedra y arena de las canteras y areniscas situadas en los predios contiguos, etc.". (17)

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en el principio de la "igualdad ante las cargas públicas", acuñado por la jurisprudencia francesa. Así lo dice la Comisión Redactora del Código Contencioso Administrativo: la Administración debe responder de modo especial cuando el daño es producido por un trabajo público pues en tales casos "ejercita poderes especiales que entrañan cargas excepcionales para los particulares". (18)

12) El principio de la igualdad ante las cargas públicas, también denominado como principio del "riesgo administrativo", ha querido ser elevado a norma de carácter general por el Consejo de Estado. En efecto, en el célebre caso de la empresa "El Siglo", S. A., el Con-

(17) (Tascón, Tulio E., "Derecho Administrativo", ed. cit. p. 201).

(18) (Tascón, op. cit., loc. cit.).

sejo sostuvo la tesis de que, en general, "el derecho a actuar no excluye la indemnización". Por consiguiente, aunque la Administración obre regularmente, si ocasiona un daño, está obligada a repararlo.

Charles Rousseau expone el principio del riesgo administrativo en los siguientes términos: "Todo perjuicio anormal, excepcional, que por su naturaleza o importancia excede las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad debe ser considerado como una *violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas y por consiguiente debe ser reparado*" (subraya el autor). (19).

La jurisprudencia colombiana pretende encontrar el fundamento de este principio en los arts. 30 y 32 C. N. El Consejo de Estado considera que nuestro derecho "no quiere que nadie sufra perjuicio, pero si las circunstancias determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el individual o subjetivo, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la norma de dajarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor.

"A propósito del ejemplar principio recién enunciado de la supremacía social frente al derecho particular, existen en Colombia diversas aplicaciones, tanto para el tiempo normal como para el Estado de perturbación del orden público, y de una manera tan amplia que de ellas pueden derivarse multitud de casos concretos, comprendidos siempre dentro de las reglas generales.

"Es así como la Constitución en su artículo 30 (26 de la Codificación de 1936 y 31 de la de 1886), después de garantizar la propiedad privada en tiempo de paz y los demás derechos adquiridos con justo título, por personas naturales y jurídicas, y de colocar la utilidad pública o interés social por sobre los derechos de las particulares, en caso de conflicto, le asigna a la propiedad el carácter de función social, que implica obligaciones, y luego consagra la expropiación por los motivos allí propuestos, señalando a las autoridades judiciales como competentes para ella y prescribiendo la indemnización previa.

"A la inversa, el art. 33 de la Constitución (30 de la codificación de 1936 y 33 de la del 86), preceptuó que en caso de guerra y sólo para

(19) (Rousseau, Charles, "Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo", Bogotá, 1956, p. 182).

atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenecen al orden judicial y no ser previa la indemnización, lo que claramente establece que siempre tiene que haberla, aunque con posterioridad. También determina para el caso de guerra la ocupación temporal de la propiedad inmueble, ya para atender a las necesidades de aquella, ya para destinar a ella sus productos, pero como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. Y por último, agrega que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí mismo o por medio de sus agentes.

“Es verdad que en el presente caso no se trata de una expropiación, pero lo que se desea significar con la anterior invocación es que el constituyente tiene proscrito el daño sin reparación, pues sólo como pena pecuniaria impuesta a sus dueños, pueden destinarse los productos de los inmuebles a las necesidades de la guerra, lo que implica una providencia motivada, conforme a las leyes”. (Las subrayas son textuales). (20)

Podemos advertir, de lo anterior, el intento de extender los principios de la expropiación al problema de la responsabilidad. Pero este procedimiento es inadmisibles. Dijimos en el capítulo primero que estas materias no pueden confundirse. El principio de la responsabilidad surge del acto ilícito; la obligación de indemnizar tiene el sentido de una sanción. Los fundamentos de la expropiación son diversos. En ningún caso la indemnización surge de la ilicitud. Todo lo contrario, supone el ejercicio de una facultad, de un derecho, por parte del Estado. Este aspecto manifiesta una oposición radical entre ambas instituciones. Se ve, por lo tanto, que la pretensión no puede consistir en asimilar las reglas de la expropiación a las de la responsabilidad, sino en extender el concepto de expropiación a otros casos que los previstos en las normas constitucionales. El problema se traslada: ya no se trata de una cuestión de responsabilidad sino de un asunto de expropiación. Se dice, entonces, que los perjuicios ocasionados por la actividad administrativa, especialmente “cuando son anormales, excepcionales y por su naturaleza e importancia exceden las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad”, según la fórmula de Rousseau que citamos atrás, equivalen a casos de expropiación.

(20) (Vid., Sarria, Eustorgio, op. cit., p. 334y ss.).

Pero, de ser posible dicha extensión, perdería todo sentido la teoría de la responsabilidad pública. Si todos los perjuicios ocasionados por la actividad administrativa debieran ser reparados por equivaler a expropiaciones, no habría lugar a interrogar por la licitud o la ilicitud del comportamiento administrativo. Ahora bien, hemos visto que, en el plano legal, esa pregunta es generalmente necesaria, salvo en el caso de los trabajos públicos.

La cuestión, sin embargo, se plantea en un ámbito más elevado: el constitucional. Cabe entonces preguntarse si la legislación ha restringido indebidamente un principio constitucional que dice que “el derecho a obrar no excluye la indemnización” y si, por consiguiente, los Tribunales, en virtud del principio de la supremacía de la Constitución, deben aplicar directamente las reglas de ésta, dejando de lado las legales. En otras palabras, aunque la legislación ponga en la base de la responsabilidad administrativa la existencia de un comportamiento ilícito, dicho requisito es irrelevante para obtener las indemnizaciones correspondientes a los daños ocasionados por la actividad de la Administración porque existe un principio constitucional como el citado.

Existe realmente ese principio en la Constitución? No lo creemos; sin duda, los arts. 30, 31 y 32 C. N., proclaman el principio de que no puede haber expropiación sin indemnización. Yendo más lejos, podría decirse que el Estado no puede enriquecerse mediante el empobrecimiento de sus súbditos. Se observa que se trata de ecuaciones patrimoniales: enriquecimiento del Estado y empobrecimiento de los particulares, o mejor, de algunos de ellos. Porque si el empobrecimiento es general, como sucede con el impuesto, no hay lugar a indemnizaciones.

Es dudoso que pueda ampliarse hasta ese punto el principio de la expropiación. Pero, aunque fuera posible, de ahí no podría deducirse la afirmación de que la Constitución hubiera admitido el principio del riesgo (*ubi emolumentum, ibi onus*). En efecto, el enriquecimiento del Estado y el empobrecimiento de los particulares debe ser correlativo, es decir, ambos fenómenos deben explicarse recíprocamente. Si el Estado se lucra del perjuicio particular, debe indemnizar al perjudicado. Pero el principio del riesgo dice otra cosa: quien se aprovecha de una actividad debe soportar sus cargas y sus efectos nocivos, aunque éstos no sean necesarios para el beneficio de la actividad.

Ahora bien, no puede decirse que el Estado reporta beneficio o lucro de todos los perjuicios que ocasiona con sus actividades; es más, no todas las actividades perjudiciales del Estado tienen sentido económico, esto es, van orientadas hacia ese tipo de objetivos. Esto significa que parte considerable del comportamiento administrativo escapa al principio de la expropiación y debe ser considerado a la luz de otros principios, como el de la responsabilidad. Por ejemplo, el cierre de un periódico por motivos de orden público no tiene una finalidad económica: el Estado no se enriquece con ello, o, por lo menos, no es eso lo que busca. Si de ello no reporta beneficio, no cabe decir que consumió una expropiación y que por esa causa debe indemnizar a los propietarios de la empresa.

Así, pues, el principio del riesgo administrativo, fundado en los arts. 30, 31 y 32 C. N., sólo tendría vigencia en los casos en que el Estado reportara beneficio del daño producido. Las demás hipótesis deben quedar sujetas a las reglas que venimos exponiendo.

Por último, el principio que pretende formular el Consejo de Estado es impracticable. Todas las actuaciones del Estado producen algún perjuicio. Mejor, toda actuación humana ocasiona molestias para alguien; de algún modo, todas son perjudiciales. "Se existe siempre a expensas de otro", dice Sartre en frase citada a menudo por Mazeaud-Tunc. De ser sancionados por todas las molestias que ocasionamos, en el fondo se nos estaría prohibiendo toda actuación. Pero ese no es el sentido de las prohibiciones sancionadas por la responsabilidad patrimonial. El derecho, en principio, no prohíbe actuar; prohíbe, eso sí, actuar en forma descuidada, imprudente, negligente o maliciosa.

13) La fuerza mayor y el caso fortuito son también causales eximentes de responsabilidad extracontractual y dentro del principio de la culpa. Sobre esto nos remitimos a lo dicho en el capítulo anterior. Las nociones de fuerza mayor y de caso fortuito son similares en materia contractual y extracontractual.

Con todo, es necesario preguntarse por la importancia de dichos fenómenos en la responsabilidad por riesgo. Como en esta responsabilidad se prescinde de la idea de culpa, necesaria para determinar la fuerza mayor y el caso fortuito, hay que negar su valor eximente o liberatorio en esta especie de responsabilidad.

Por consiguiente, solamente la "causa extraña" puede eximir de responsabilidad al demandado. Esto significa que debe probar que él no fue realmente el autor del daño.

14) La acción de responsabilidad extracontractual debe incoarse dentro de los tres años siguientes a la realización del daño. La competencia para conocer de ella le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. La vía procesal indicada es la ordinaria.

Sin embargo, la responsabilidad por trabajos públicos sigue una vía especial. La acción prescribe dentro de los dos años siguientes a la ocupación o el daño (art. 263 C. C. A.). Estimamos que esta disposición continúa vigente, a pesar de la norma del D. 528 de 1964 que señala un término de tres años para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual administrativa (art. 28), porque dicho Decreto solamente derogó los textos que le fueran contrarios y no es ese el caso del art. 263 C. C. A., que es una disposición especial: constituye simplemente una excepción a la regla general.

Ya dijimos que la acción indemnizatoria por ocupaciones permanentes realizadas con ocasión de trabajos públicos debe intentarse ante la jurisdicción ordinaria.

## "RESPONSABILIDAD INDIRECTA DE LA ADMINISTRACION"

1) La responsabilidad indirecta tiene lugar cuando el sujeto pasivo del deber violado no coincide con el sujeto pasivo de la sanción. En otras palabras, responde de modo indirecto la persona que debe soportar la sanción correspondiente a un acto ilícito ajeno.

En el Capítulo II mostramos que la noción de responsabilidad indirecta no coincide con la de responsabilidad por el hecho ajeno. Esta última aparece cuando el agente del ilícito es una persona físicamente distinta de la llamada a responder por la sanción. La responsabilidad de las personas jurídicas, incluidas las públicas, es siempre por el hecho ajeno, pero puede ser además directa o indirecta, según el sujeto pasivo del deber violado. Si el autor de la infracción viola un deber que pesa sobre la persona administrativa, ésta responde directamente. Pero si el deber violado es ajeno a la Administración, la responsabilidad de ésta es indirecta.

2) La responsabilidad indirecta de la Administración no ha sido consagrada en textos especiales. Ni el C. C. A. ni el D. 528/64 ni norma alguna de carácter administrativo aluden a ella. Su fundamento hay que buscarlo, por consiguiente, en el Código Civil, por vía de integración analógica. En efecto, el art. 2349 C. C. establece la responsabilidad de los amos por ciertos hechos de sus criados o sirvientes; en términos más acordes con las expresiones modernas, se trata de la responsabilidad de los patronos por los hechos de sus trabajadores. Ahora bien, de conformidad con lo que dijimos en el Capítulo I, hay personas vinculadas al Estado mediante relaciones de trabajo. La situación del Estado con respecto a ellas es similar a la del patrono con relación a sus trabajadores. Por lo tanto, consideramos que también al Estado le incumbe la responsabilidad de que trata el art. 2349 C. C.

Desde luego, esta responsabilidad sólo puede surgir del comportamiento de personas vinculadas a la Administración, pues si se ha negado la responsabilidad directa del Estado por las actuaciones legislativas y jurisdiccionales, también debe negarse su responsabilidad por los hechos de las personas vinculadas a dichas ramas. Sin duda, sería muy conveniente extender la responsabilidad estatal a los actos del personal legislativo y jurisdiccional, especialmente a los últimos, que

también pueden incurrir en abusos y descuidos perjudiciales con ocasión del servicio prestado al Estado.

El artículo aplicable a la responsabilidad indirecta de la Administración es el 2349 y no el 2347 del C. C. Este último se refiere a hipótesis propias del derecho de familia, sin analogías con ninguna relación administrativa: la administración no se vincula con nadie de modo similar al padre con el hijo o al guardador con el pupilo.

3) La responsabilidad indirecta de la Administración solamente surge de actos de las personas vinculadas a ella por medio de relaciones de trabajo. En el Capítulo I expusimos el concepto de relación de trabajo. No tenemos, pues, necesidad de insistir sobre este punto. La noción, en sí misma, poco se presta a controversias. Sin embargo, hay casos en que es difícil precizarla. Por ejemplo, es frecuente que el personal encargado del manejo de implementos oficiales (vehículos, etc.), permita la utilización de éstos por personas extrañas. Los daños causados por tales personas en razón del empleo de aparatos pertenecientes a la Administración, deberán ser reparados por ésta?

En nuestra opinión, las entidades administrativas no son responsables de los hechos de personas ajenas a ellas, aunque hayan sido condicionadas por el mal comportamiento de un agente administrativo. En efecto, los daños ocasionados por el conductor de un vehículo público que le ha sido prestado por un funcionario administrativo desleal, no son ocasionados directamente por éste. Sin duda, el mal comportamiento del funcionario permitió que otra persona, ajena a la Administración, utilizara el vehículo y ocasionara un daño. Pero entre el daño y la culpa del funcionario no hay una relación de causalidad directa.

Si el vínculo del autor del daño con la Administración no es constitutivo de una relación de trabajo, aquélla no es responsable. Tal sucede, por ejemplo, con los concesionarios de bienes o de servicios o con los contratistas de obra no sujetos a la continuada subordinación y dependencia de la Administración.

La prueba de la relación de trabajo entre el autor del daño y la Administración le corresponde al actor. La ley no presume la existencia de dicha relación, ni siquiera en ciertos casos, como el del conductor de un vehículo oficial, o el encargado del funcionamiento de una máquina de propiedad de la Administración, o del individuo que luzca distintivos oficiales. Sin duda, tales hechos constituyen indicios gra-

ves de la vinculación al servicio administrativo; pero no tienen el carácter de indicios necesarios o precisos. El conductor de un vehículo puede ser trabajador de la Administración; pero también es posible que lo tenga indebidamente en su poder.

4) La Administración no responde indirectamente de todos los daños causados por sus agentes o trabajadores. Si el comportamiento de éstos es violatorio de un deber de la Administración (por ejemplo, es ilegal o constitutivo de una falla del servicio), la responsabilidad administrativa es directa. Resulta necesario, por consiguiente, que el agente viole un deber a su cargo. Además, el daño debe ser causado "*con ocasión del servicio prestado*" por el agente a la Administración.

Este requisito exige algunas explicaciones. Sin duda, el agente público debe incurrir en ilicitud al causar el daño. Se trata, como acabamos de decirlo, de un comportamiento lesivo de un deber suyo. Desde este punto de vista (el deber violado), puede haber una distinción neta entre el acto que compromete directamente a la entidad administrativa y el que sólo compromete su responsabilidad indirecta. Pero es necesario, además, distinguir la materialidad del comportamiento del agente.

En primer lugar, el acto puede constituir el cumplimiento normal y regular de la función encomendada al agente; puede consistir, también, en la ejecución de órdenes que el agente estaba obligado a cumplir. En tales casos, si se produce un daño, éste solamente podrá ser imputado a la función misma y no a su ejercicio indebido por parte del agente. Hay que averiguar, entonces, si la función estaba bien o mal organizada, o si el acontecimiento dañoso fue enteramente fortuito. De todas maneras, por haber desempeñado la función en los términos prescritos por los reglamentos o por las órdenes de superiores, no cabe hablar de culpa del funcionario. De haber responsabilidad administrativa, su tipo será el de la directa.

En segundo lugar, el agente puede cumplir la función, pero cumplirla mal. Si obra con ilegalidad, la responsabilidad administrativa es directa, según vimos en el Capítulo III. Puede ocurrir, sin embargo, que no obre ilegalmente, pero sí con imprudencia o negligencia, en fin, con culpa. Por ejemplo: el conductor de un vehículo oficial que excede los límites de velocidad; el agente de policía que exagera la peligrosidad de una situación y dispara contra la multitud. En estos casos la irregularidad no radica en la función misma sino en su ejercicio anormal, contrario a los reglamentos o a las órdenes superiores.

Ha habido una falla del agente: si éste hubiera observado las reglas de la función, no se habría producido el daño. Pero el acto del agente estaba íntimamente ligado al ejercicio de la función. No cabe explicarlo de otra manera: sin el ejercicio de la función, no habría ocurrido el daño.

No siempre se exige una conexión tan estrecha entre el ejercicio de la función y la culpa del agente, para comprometer la responsabilidad indirecta de la Administración. Hay otros actos que, sin estar ligados directamente al ejercicio de la función, sólo han sido posibles por dicha circunstancia, es decir, "con ocasión del servicio prestado". Como dice Chapus, "se trata aquí de actos extraños a la ejecución de la función pero que la existencia de ésta, sin embargo, ha permitido: el agente desvía de su fin normal los medios que la función pone a disposición suya, abusa de las facilidades que ella le otorga. El agente ha actuado en interés personal, por su propia cuenta. Pero ha encontrado en la función el medio de actuar y de cometer la falta: si no hubiera estado encargado de esas funciones, no habría cometido el daño". (1)

Por último, hay actos completamente desligados de la función. El ejercicio de ésta no ha sido la ocasión directa de la falta: el agente no se ha servido de los poderes o de las cosas a su cargo para cometer la falta. La existencia de la función es indiferente para explicar la comisión del ilícito. De este tipo de actos no responden los patronos ni la Administración. Se trata de actos que únicamente comprometen la responsabilidad personal del agente.

5) La responsabilidad indirecta se excluye "si se probare que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes". (art. 239 C. C.).

En el capítulo II tuvimos oportunidad de referirnos al sentido de esta disposición. Con todo, no podemos dejar de resaltar la importancia de esta limitación de la responsabilidad indirecta. El comportamiento impropio, normalmente imprevisible o inevitable por el patrono (en este caso, la Administración), aún empleando "el cuidado

(1) (Chapus, op. cit., p. 241).

ordinario y la autoridad competente", no genera responsabilidad indirecta. Por comportamiento impropio no debe entenderse el culposo; de lo contrario, la disposición perdería su sentido. Nosotros creemos que el comportamiento impropio es el que va acompañado de una falta burda, grosera, reveladora de la máxima negligencia o imprudencia.

Pero si el comportamiento impropio del agente era previsible o evitable mediante el cuidado ordinario y la autoridad competente del patrono, éste debe responder indirectamente del daño acaecido.

6) Por lo demás, para que haya responsabilidad indirecta es necesario que el agente incurra personalmente en responsabilidad directa, es decir, que obre de modo ilícito y ocasione por ese motivo un daño; debe haber, por consiguiente, una relación de causalidad adecuada entre el acto ilícito y el daño.

7) En este tipo de responsabilidad, la víctima puede elegir entre dos opciones: a) demandar directamente al autor del daño; b) demandar a la Administración. En este último caso, la acción prescribe "en tres años contados desde la perpetración del acto" (art. 2358 C. C.). En nuestra opinión, la acción debe ser intentada ante la jurisdicción ordinaria (vid. Supra Cap. II).

8) Según el art. 2352 C. C. "las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el art. 2346". Este último excluye la imputabilidad de los menores de diez años y de los dementes.

Por consiguiente, la Administración puede repetir del autor del daño lo pagado en virtud de la responsabilidad indirecta.

"EL DAÑO Y SU REPARACION"

1) Hemos dicho que el contenido de la responsabilidad patrimonial es la obligación de reparar o indemnizar el daño ocasionado por el acto ilícito. Si de la violación del deber jurídico no se desprenden consecuencias dañosas, no hay lugar a la responsabilidad patrimonial. El daño es, pues, un elemento fundamental en este tipo de responsabilidad. Así lo da a entender la ley en varias disposiciones. En la violación del principio de legalidad, la acción de plena jurisdicción sólo puede intentarse cuando el acto ha violado un derecho civil o administrativo particular (artículo 67 C. C. A.). Las indemnizaciones que debe pagar el contratante que ha violado el nexo contractual suponen que de la infracción se hayan derivado daños para la otra parte (art. 1616 C. C.), aunque en algunos casos el daño se presume, como acontece en las obligaciones dinerarias (art. 1617 C. C.). En fin, los textos sobre responsabilidad extracontractual parten de la base de la perpetración de un daño imputable a un comportamiento indebido (arts. 2341 y ss. C. C.).

En materia contractual hay un caso que parece escapar al principio enunciado. Se trata de la cláusula penal, que según el art. 1592 C. C., "es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal". En principio, la cláusula penal no tiene carácter indemnizatorio. Así se desprende del art. 1599 C. C.: "Habrà lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio". Sin embargo, "no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena" (art. 1600 C. C.).

Según la doctrina clásica, la cláusula penal no es otra cosa que el avalúo anticipado que las partes hacen de los perjuicios a que pueda dar lugar el incumplimiento del contrato. Sin duda, ese es el sentido en que se la toma usualmente. Pero su sentido jurídico es el de una pena o castigo por la violación del contrato. No puede significar siempre una indemnización de perjuicios porque éstos pueden

no existir, debiéndose, en todo caso, la pena; incluso, a pesar de que el acreedor se beneficie del incumplimiento, tiene derecho a exigir la aplicación de la pena. Esta no guarda necesariamente relaciones de coincidencia o equivalencia con el deber violado. Allí se da "una relación ontológica de incomparables", es decir, la sanción no surge de una valoración racional de la infracción y esto es lo que tipifica a las sanciones penales, según lo anota Carlos Cossio (1).

Por lo dicho, la cláusula penal no cabe exactamente dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial.

2) Las reglas atinentes al daño y su reparación hay que buscarlas en el Código Civil. La legislación administrativa solamente habla del restablecimiento del derecho lesionado por actos administrativos ilegales (art. 67 C. C. A.), del pago de las indemnizaciones correspondientes "cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa" (art 68 C. C. A.) y de la obligación de incluir en el presupuesto los créditos judicialmente reconocidos.

Dentro del Código Civil las reglas fundamentales son las relativas a la responsabilidad contractual, ya que en el título sobre responsabilidad extracontractual no hay una reglamentación precisa de la materia. Sin embargo, algún sector considera que la especialidad de las disposiciones sobre contratos las hacen inaplicables a los restantes órdenes de responsabilidad. No podemos admitir ese criterio. La estructura de la responsabilidad es idéntica en todos los casos; por consiguiente, nada se opone a que las normas de la responsabilidad contractual sean aplicadas a los otros tipos de responsabilidad en tanto no pugnen con sus respectivas naturalezas.

3) La Ley no define los daños y perjuicios. Parece que esas expresiones se utilizan en igual sentido, esto es, que se trata de vocablos sinónimos. Nosotros las emplearemos indistintamente.

La doctrina distingue dos acepciones de los daños o perjuicios. Una lata; otra, restringida.

En sentido amplio, el daño existe "cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas" (2). En esta acepción el daño se identifica con la lesión u ofensa del derecho; viene a ser, pues, un mero elemento del acto ilícito.

(1) (Cossio, Carlos, "Teoría de la Verdad Jurídica", Losada, Bs. Aires, 1954, p. 295 y ss.).

(2) (Valencia Zea, Arturo, op. cit., T. III, p. 196).

En un sentido más restringido, el daño consiste en "el menoscabo de valores económicos o patrimoniales en ciertas condiciones (daño material), o bien, en hipótesis particulares, en la lesión al honor o a las afecciones legítimas (daño-moral)" (3).

Las disposiciones relativas a la responsabilidad patrimonial por el daño derivado del ilícito aluden al concepto restringido que acabamos de enunciar. Para que se configure la responsabilidad patrimonial no basta la lesión de un derecho; es necesario, además, que se produzca un menoscabo material o una aflicción moral. Como lo observa acertadamente Pérez Vives, "si bien todo daño implica la lesión de un derecho subjetivo, la inversa no es exacta, esto es, que no basta la lesión de un derecho subjetivo para que exista por ese mismo hecho un perjuicio". (4)

Con todo, no puede olvidarse el concepto amplio de daño. Para que el menoscabo material o la aflicción moral tengan el carácter de "daños resarcibles" es precisa la violación de un derecho subjetivo sobre el bien material o incorporal afectado. Únicamente la víctima del daño puede exigir reparación y dicha calidad nace de la titularidad del derecho vulnerado.

Así, la reparación de las consecuencias lesivas de la actividad ilícita de la Administración sólo puede ser exigida por la persona "lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo" (art. 67 C. C. A.). En tal caso, la persona afectada puede pedir el restablecimiento del derecho, que puede obtenerse mediante la expedición, por parte de los organismos contencioso administrativos, de actos que reemplacen, modifiquen o reformen las disposiciones acusadas (art. 69 C. C. A.). Pero si la violación ha producido daños materiales o morales, el pleno restablecimiento del derecho sólo será posible mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes. En este evento la acción de plena jurisdicción se convierte propiamente en el contencioso de la responsabilidad administrativa, como lo tiene establecido hoy la jurisprudencia del Consejo de Estado, luego de superar algunas vacilaciones. (5)

La acción de responsabilidad contractual solamente puede ser intentada por quien tenga la calidad de contratante. La violación del

(3) (Orgaz, Alfredo, "El Daño Resarcible", Depalma, Bs. Aires, 1967, p. 18).

(4) (Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 245).

(5) (Vid. Ortega Torres, Código Contencioso Administrativo, p. 138 a 140).



contrato, como tal, perjudica únicamente al acreedor o a quien ocupe su lugar en el nexo contractual (cesionario del crédito, subrogatorio, heredero). Por excepción, los acreedores pueden sustituirse en los derechos de su deudor y entablar las acciones que a éste corresponden, si se resiste a ejercerlas en perjuicio de aquéllos. Pero en tales casos simplemente se sustituyen al deudor-acreedor. No les cabe impetrar la indemnización de perjuicios propios sino la de los sufridos por su deudor.

Según el art. 2342 C. C., la indemnización de daños extracontractuales puede pedirla "no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño".

4) Los daños o perjuicios pueden ser clasificados en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales.

El valor de esta distinción a la luz de los textos civiles es discutible; sin embargo, el Código Penal, hablando de los efectos del delito, dice que "cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos" (art. 94 C. P.). La jurisprudencia colombiana ha considerado que esta disposición es aplicable a la responsabilidad civil, pues ésta es propiamente la materia a que se refiere la norma citada. Además, aunque la ley civil no habla expresamente de la reparación de los daños morales, tampoco la excluye y es un hecho que el ilícito puede ocasionar perjuicios patrimoniales y morales.

La doctrina vacila en cuanto al criterio de distinción entre los daños patrimoniales y los morales. Algunos autores la fundan en la naturaleza del derecho vulnerado. Si el derecho atacado por el ilícito es patrimonial, el daño resultante es material; si lo lesionado es un derecho extrapatrimonial, el daño es moral. Otro sector de la doctrina parte de la consideración de los resultados o consecuencias del ilícito. Si éste ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, sin que importe la naturaleza del derecho vulnerado. Pero si el ilícito no tiene repercusiones patrimoniales sino

que hace sufrir a la persona en sus afecciones legítimas, hay daño moral y no patrimonial. (6)

El segundo de los criterios expuestos es el que parece ajustarse mejor al concepto restringido de daño. De otra parte, es el que más se ciñe a la realidad. En efecto, el ilícito, cualquiera sea la naturaleza del derecho violado, puede ocasionar, al mismo tiempo, daños materiales y morales. Así, por ejemplo, la lesión de intereses extrapatrimoniales, como el honor, es capaz de repercutir tanto en la esfera íntima como en la patrimonial. Igualmente la destrucción de un mueble que tenga valor afectivo produce un menoscabo patrimonial y, a la vez, un detrimento moral, aunque el derecho violado sea el de propiedad.

Podemos decir entonces que el perjuicio patrimonial es el menoscabo que directa o indirectamente experimenta el patrimonio de una persona como consecuencia del acto ilícito violador de su derecho. Este daño se manifiesta en la diferencia que existe entre el valor del patrimonio antes de producirse la infracción y el que presenta luego de acaecida.

Dentro del concepto de daño patrimonial caben los llamados "daños morales objetivados", que son lesiones a derechos extrapatrimoniales pero entrañan un contenido económico. Por ejemplo, los que alteran o menoscaban la salud, la fuerza, la destreza, etc.

El daño moral existe cuando el ilícito "no produce, ni directa ni indirectamente, una alteración patrimonial, pero ocasiona una perturbación injusta en el espíritu del acreedor. El daño moral entraña, pues, un sufrimiento que aparece desvinculado de toda consecuencia patrimonial; y tiene un carácter estrictamente subjetivo, porque no se advierte con los sentidos exteriores, sino que, sólo se percibe interiormente. (7)

5) Vamos a referirnos, en primer lugar, a los perjuicios materiales o patrimoniales. Su régimen es el mismo, en principio, para todos los órdenes de responsabilidad. Sin embargo, hay algunas reglas que por su naturaleza sólo conciernen a la responsabilidad contractual y son, por ende, inaplicables a las demás responsabilidades patrimoniales. Se trata de los llamados perjuicios moratorios y compensatorios

(6) (Orgaz, op. cit., p. 183 y ss.; Aguiar Días, José, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. Cajica, México, 1957, T. II, p. 373; Gatica Pacheco, op. cit., p. 9a. y ss.).

(7) (Gatica Pacheco, op. cit., p. 95).

que debe indemnizar el deudor a consecuencia del incumplimiento. Expondremos primero el régimen general; luego hablaremos de las peculiaridades de la responsabilidad contractual.

El daño patrimonial indemnizable comprende dos elementos: el daño emergente y el lucro cesante, salvo los casos en que la ley limita la indemnización al daño emergente (art. 1615 C. C.).

Por daño emergente entiende el legislador "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento" (art. 1616 C. C.). Adaptando esta noción a la responsabilidad en general, se tiene que el daño emergente es el perjuicio o la pérdida que proviene del acto ilícito. En otras palabras, el daño emergente consiste en el menoscabo de los bienes que forman actualmente el patrimonio.

El lucro cesante "es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento" (art. 1616 C. C.). En un sentido más amplio, es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del acto ilícito. Esta noción mira a lo futuro: no se refiere a la disminución del patrimonio sino a lo que en virtud del ilícito dejará de ingresar al activo de la víctima. Como dice Gatica Pacheco, "el lucro cesante es la privación de una ganancia que el acreedor habría podido legítima y fundadamente obtener, a no mediar el incumplimiento de la obligación. En este caso el patrimonio del acreedor no experimenta alteración en su forma actual, pero éste ha perdido la posibilidad de incrementarlo con los valores que habría incorporado si el deudor hubiere cumplido íntegra, efectiva y oportunamente su obligación". (8)

6) El daño emergente debe ser cierto, actual y directo.

a) Daño cierto es el que existe realmente. No se puede solicitar la indemnización de un dato eventual o hipotético, que puede suceder o no. En este sentido, la exigencia es obvia: sólo puede hablarse de daño cuando se ha producido un detrimento o menoscabo de la integridad personal o patrimonial.

Con todo, no se exige que al momento del fallo el daño haya podido ser determinado en cuanto a su extensión o su valor. El juez

(8), (Gatica Pacheco, op. cit., ps. 107-8).

debe tener la certidumbre de que el ilícito produjo daño. Si éste no fue suficientemente determinado o avaluado, la precisión de su extensión y su cuantía puede dejarse para el incidente de que trata el art. 335 C. J., aplicable al proceso contencioso administrativo según el art. 123 C. C. A. Esto significa que el organismo jurisdiccional puede dictar un fallo en abstracto cuando encuentre probados los supuestos de la obligación de resarcimiento (el ilícito, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste), aunque no se hayan acreditado las bases concretas para determinar su extensión. (9)

En opinión de Orgaz, "la idea de menoscabo es esencial en el concepto del daño que examinamos: para que haya daño material no basta, efectivamente, la mera alteración de los elementos del patrimonio, lo cual puede ocurrir, verbigracia, cuando el acto ilícito produce perjuicios y ventajas que se compensan; o cuando el afectado por el acto ilícito recibe un valor económico equivalente al que perdió; o bien, cuando se trata de meras alteraciones materiales, que no disminuyen el valor general del patrimonio". (10)

b) El daño debe ser actual; en rigor, el daño cuya indemnización se pretende, debe haberse producido al tiempo de intentarse la acción de responsabilidad. En efecto, el juez examina el petitum de la demanda al momento de su presentación.

Se plantea, sin embargo, el problema de los daños futuros que seguramente se realizarán y que constituyen la prolongación del daño ya producido, viniendo a ser, en realidad, el mismo daño. Por ejemplo, el lesionado en su salud que deberá continuar algún tiempo más los gastos necesarios para su recuperación; o el que ha contraído, a causa del ilícito, una enfermedad incurable que seguramente le acarreará la muerte.

La doctrina y la jurisprudencia se muestran favorables a la reparación del daño futuro cuando se presente como "la prolongación cierta de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata" o "cuando es la prolongación de un perjuicio actual" o "cuando no estando aún realizado en todas sus consecuencias, debe recibir en el porvenir una agravación necesaria y apreciable pecuniariamente". (11)

(9) (Cfr. Ortega Torres, Código de Procedimiento Civil, Temis, Bogotá, 1966, p. 343).

(10) (Orgaz, op. cit., p. 123).

(11) (Cfr. Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 252; Orgaz, op. cit., p. 25 y ss.; Durán

La reparación del daño futuro se admite con base en que se trata de un daño cierto, que habrá de realizarse de modo ineluctable. En el fondo, juegan razones de equidad, de economía procesal, etc., pues el daño futuro, por probable que parezca, no puede ser tenido como cierto.

c) El daño debe ser directo. El art. 1616 C. C., dice que "si no puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

El artículo citado habla de dos clases de perjuicios: los previsibles y los inmediatos o directos. Ahora bien, como lo observa Pérez Vives, en la práctica esas dos nociones se confunden. "Un daño será previsible, dice el autor, en cuanto se presente como natural, directo y necesario efecto de la culpa; y será menos previsible, cuando más alejado esté de su causa". (12)

Sin embargo, esta observación no puede hacerse valer absolutamente. Puede haber casos de perjuicios imprevisibles y directos, de los que debe responder el agente que ha obrado con dolo. Por eso es necesario distinguir en qué consisten los perjuicios previsibles y los directos.

La noción de perjuicios previsibles no parece ofrecer complicaciones. Cabe decir que es aquél que pudo haber sido previsto por una persona diligente y cuidadosa situada en las mismas condiciones externas del autor del daño. Es daño previsible el que según el curso ordinario y natural de las cosas, observado conforme a la experiencia mediana, aparece como resultado normal del acto ilícito. En otras palabras, entre el acto ilícito y daño previsible hay una "relación de causalidad adecuada". De acuerdo con la doctrina que lleva ese nombre, hay que distinguir entre las varias condiciones que se han reunido para producir un daño, aquellas que normalmente eran idóneas para ocasionarlo: esas condiciones serán tenidas como la "causa" del daño.

El concepto de daño directo es más difícil de precisar. Sin duda, el daño previsible siempre es directo, al menos en la noción legal,

Trujillo, Rafael, "Nociones de Responsabilidad Civil" Temis, Bogotá, 1957, p. 92).

(12) (Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 248).

pero hay daños directos imprevisibles. Cuáles son esos daños? Quizás no sea posible adoptar un criterio general para distinguirlos. En cada caso concreto será necesario investigar si el daño podía explicarse aún sin la culpa o el dolo del demandado y cuál fue la influencia de las concausas en su producción.

Lo anterior se refiere a la causalidad material, esto es, la que existe cuando el daño es imputable materialmente a la conducta del demandado. Existe otra forma de causalidad que denominaremos como jurídica o ideal. Hay ocasiones en que el daño es atribuido a la negligencia o a un acto jurídico del demandado. Por ejemplo, se sindicó a la Administración de no haber protegido a un comerciante amenazado por un grupo de sediciosos; o, la Administración ordena ilegalmente el cierre de un establecimiento y el propietario afectado acata la orden. En tales casos, los perjuicios se explican materialmente por el comportamiento de los sediciosos o del mismo damnificado. Desde luego, el asalto de los sediciosos o la decisión del comerciante en el sentido de cerrar su establecimiento, no constituyen comportamiento administrativo. Sin embargo, no cabe duda de que la Administración puede ser llamada a responder por tales perjuicios, en cuanto sean explicables por el comportamiento administrativo. En efecto, de haber intervenido la protección policiva, los sediciosos no habrían asaltado el establecimiento; de no haber mediado la orden administrativa, el empresario no habría cerrado su almacén.

Se observa que en estas hipótesis es necesario poner a jugar idealmente entre las condiciones del perjuicio a las decisiones administrativas correspondientes. Pero es preciso que el daño pueda explicarse por tales decisiones. Si a pesar de ordenar la protección policiva del establecimiento, no hubiere sido posible impedir el asalto, no cabe predicar la responsabilidad de la Administración.

7) El lucro cesante es una posibilidad de ganancia o provecho que se frustra por la conducta del demandado. Como toda posibilidad, el lucro cesante está sujeto a las contingencias del futuro. El provecho o ganancia esperados pueden frustrarse por otras causas. Nada garantiza con absoluta seguridad su realización en el futuro. Sin embargo, es lo cierto que por la conducta del demandado ese lucro ya no se realizará.

El lucro cesante es siempre un perjuicio eventual, hipotético, contingente; sin duda, debe ser directo o previsible, según lo ordena

el art. 1616 C. C. Pero no cabe exigir que sea actual y cierto en el mismo sentido que el daño emergente.

La reparación del lucro cesante supone una posibilidad de provecho o ganancia protegida por la ley. Ahora bien, es importante definir cual es la posibilidad que obtiene la protección jurídica, porque no todas las posibilidades de ganancia o provecho merecen ser consideradas por el derecho. Según Aguiar Días, el criterio decisivo en esta materia "consiste en supeditar el lucro cesante a una posibilidad objetiva, resultante del desonvolvimiento normal de los acontecimientos, conjugado a las circunstancias peculiares del caso concreto". (13)

En efecto, es verdad que la ley reconoce el resarcimiento del lucro cesante, que siempre es contingente. Pero hay grados de contingencia: existen posibilidades remotas de ganancia, "espejismos de lucro", como los llama la doctrina, pero hay también posibilidades razonables de que se realice el lucro. De continuar el proceso normal y ordinario de las cosas, cabe pensar en la realización de la ganancia como parte de ese proceso. Pero tal proceso, que en condiciones normales podría conducir a determinados resultados lucrativos o provechosos, es interrumpido o desviado por un nuevo elemento introducido por el agente del ilícito. La ganancia que fundadamente cabía esperar, de seguir el curso normal de las cosas, se desvanece definitivamente por la conducta del responsable. Ese es el lucro cesante cuya indemnización se impone.

8) Los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales pueden, desde luego, clasificarse dentro de las categorías de daño emergente y de lucro cesante. Sin embargo, para efectos de la reparación, resulta más importante la clasificación de los perjuicios contractuales de acuerdo con el tipo de incumplimiento de que proceden. La doctrina tradicional habla a este respecto de perjuicios compensatorios y de perjuicios moratorios. Todos los perjuicios contractuales, según se dice, caben dentro de una de estas dos nociones.

La indemnización compensatoria tiene lugar cuando la obligación queda definitivamente inejecutada. Baudry Lacantinerie et Barde, citados por Borja Soriano, expresan: "Se da generalmente, en la doctrina, el nombre de indemnización compensatoria a la que se debe

(13) (Aguiar Días, op. cit., T. II, p. 365).

al acreedor en razón de la inejecución de su obligación; bajo su forma ordinaria no es sino la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada, la compensación por consiguiente del perjuicio que la inejecución le cause; en lugar de una ejecución en naturaleza, que no es posible, el acreedor obtiene una ejecución en dinero, una ejecución por equivalente". (14)

La indemnización moratoria puede ser exigida cuando el deudor ejecuta la obligación, pero en forma retardada. Los autores citados atrás dicen que "a la indemnización que se debe al acreedor en razón del simple retardo en la ejecución, se le llama indemnización moratoria porque es debida por la demora. Es la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada en la época en que debía serlo". (15)

Ahora bien, la doctrina tradicional sostiene que el acreedor, en caso de incumplimiento, puede elegir entre dos remedios: a) Solicitar la ejecución forzosa directa de la obligación más la indemnización moratoria; b) Solicitar la ejecución forzosa indirecta de la obligación, comprendida la compensación del perjuicio que la inejecución le causa. Aquí el acreedor puede exigir el equivalente en dinero más los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Según la doctrina, el acreedor no puede acumular estos remedios, es decir, que la indemnización compensatoria no se junta con el cumplimiento directo de la obligación, "ya que ésto implicaría un pago doble, mediante la ejecución en naturaleza y por equivalente de lo que se debe, y traería consigo un enriquecimiento sin causa". (16). La indemnización moratoria, en cambio, puede juntarse tanto a la ejecución directa de la obligación, como a la indirecta o compensatoria.

En nuestro concepto, la clasificación de los perjuicios en compensatorios y moratorios no da una idea exacta de los perjuicios que está obligado a indemnizar el deudor. Creemos pertinente agregar otras dos categorías de perjuicios indemnizables, a saber: Los perjuicios "complementarios" y los derivados de la resolución del contrato (en los contratos bilaterales). En efecto, hay casos en que el acreedor puede exigir la ejecución directa de la obligación, su-

(14) (Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Porrúa, México, 1964, T. II, p. 98).

(15) (Borja Soriano, op. cit., p. 99).

(16) (Gatica Pacheco, Sergio, op. cit., p. 25).

mada a la indemnización de los perjuicios ocasionados por el retardo (moratorios) y los derivados del cumplimiento imperfecto de la obligación (complementarios). En cuanto a la resolución con indemnización de perjuicios, estos no pueden ser considerados como compensatorios ni moratorios, puesto que se trata de darle muerte al contrato y no de exigir su cumplimiento directo o indirecto.

Veamos como opera la clasificación propuesta. Ya se dijo que el acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir la ejecución forzosa de la obligación, "la cual puede ser de dos clases, *directa*, si se realiza por la prestación del mismo objeto debido, e *indirecta*, si se lleva a cabo por el equivalente en dinero". (17)

Pues bien, cuando el acreedor acude a la forma de ejecución directa, está facultado para exigir, además, el pago de los perjuicios moratorios (derivados del retardo). Si la inejecución ha ocasionado otros perjuicios diversos de los moratorios, el deudor debe indemnizarlos, a título de perjuicios complementarios. Tal acontece en los casos de cumplimiento imperfecto. El deudor puede mejorar con posterioridad el cumplimiento, pero ello no lo excusa de pagar los perjuicios ocasionados por el retardo en solucionar de modo íntegro, oportuno y efectivo su obligación, ni de indemnizar los daños producidos por el cumplimiento defectuoso.

Por ejemplo: se celebra una compraventa sobre una res. El vendedor entrega un semoviente enfermo. Por lo tanto, el animal no sólo no produce el rendimiento esperado, sino que contagia al resto del ganado del comprador. Este puede exigir que el vendedor le entregue un animal sano o le cure el entregado. En cualquiera de estos casos, el comprador obtiene el cumplimiento directo de la obligación. El vendedor debe cubrir, además, los perjuicios moratorios consistentes en lo que dejó de percibir el comprador a causa del retardo (los rendimientos del animal y los complementarios, que en este caso estarían constituidos por los daños sufridos a causa del contagio de sus animales.

Cuando el acreedor utiliza la vía de la ejecución indirecta puede solicitar el pago de los perjuicios compensatorios, moratorios y complementarios. Los perjuicios compensatorios consisten en el equivalente de la prestación incumplida en dinero; por esa razón no se pueden acumular la ejecución directa y la indirecta. Los perjuicios mo-

(17) (Ochoa González, Guillermo, "Pago por Equivalencia", en revista "Estudios de Derecho", Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, No. 56, p. 537, 1960).

ratorios nacen del retardo en cumplir la obligación, sea directa o indirectamente. Los perjuicios complementarios son los nacidos de otras formas de incumplimiento y que no caben dentro del equivalente en dinero de la prestación, ni dentro del concepto de perjuicios moratorios. Suelen darse en el cumplimiento imperfecto de la obligación. Así, en el ejemplo examinado, el acreedor, en lugar de retener la prestación (el semoviente entregado) podía haber exigido su equivalente en dinero (el valor de un animal de las mismas condiciones que el negociado) y el valor de los perjuicios ocasionados por el contagio de su ganado; estos últimos, a título de perjuicios complementarios.

Todos estos perjuicios deben ser indemnizados. No hay razón para negar, en ninguna de las hipótesis examinadas, la reparación de los perjuicios complementarios, pues el art. 1616 C. C., sienta el principio de la reparación del daño emergente y del lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación. o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento y siempre que sean consecuencia previsible o directa del incumplimiento. A pesar de que la doctrina ha sostenido otra cosa, nosotros pensamos que, en principio, la reparación de los perjuicios contractuales debe ser integral.

En los contratos bilaterales al acreedor se le abre una tercera vía para el caso de incumplimiento. Según el art. 1546 C. C., puede solicitar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Como se trata de darle muerte al contrato, los perjuicios indemnizables no caben propiamente dentro de los conceptos de perjuicios compensatorios o moratorios. No se busca compensar la obligación ni reparar el retardo en el cumplimiento, puesto que la obligación ya no se va a cumplir. En las hipótesis de resolución no cabe aplicar las categorías anteriores. Los perjuicios son simple y llanamente, sin más calificaciones, los ocasionados por el incumplimiento, siempre y cuando guarden con éste la relación de causalidad exigida por la ley en el art. 1616 C. C.

Los principios enunciados atrás sufren algunas modificaciones en determinados casos. Así, en las obligaciones dinerarias no cabe, obviamente, la indemnización compensatoria; la moratoria se rige por las disposiciones del art. 1617 C. C.; en principio, consiste en los intereses que pudo devengar el capital adeudado durante el retardo. También en la cláusula penal hay algunas reglas modificatorias, de

los principios generales. Sobre el particular tratan lo arts. 1594 y 1600 C. C.

9) Vimos atrás (supra 4) en qué consisten los perjuicios morales. En principio, el daño moral debe ser indemnizado por quien lo ocasiona. Esta conclusión parece irrecusable a la luz del derecho positivo, el cual no discrimina los perjuicios indemnizables con base en su carácter material o moral. Con todo, la determinación y la reparación del daño moral ofrecen graves dificultades prácticas que nos inclinan a pensar que, de hecho, debe excluirse su indemnización.

En primer lugar, la noción de daño moral es demasiado vaga. Poco se gana con decir que el daño moral es el sufrido por una persona en sus intereses morales tutelados por la ley. En efecto, cuáles son esos intereses? Toda la aflicción merecerá la tutela legal? Habrá alguna discriminación entre las lesiones morales, atendiendo sea a su causa, sea a su intensidad, para efectos de la indemnización?

Estas cuestiones no admiten respuestas satisfactorias en el derecho positivo. No hay un criterio preciso para saber cuando se da, en definitiva, el daño moral. Ni siquiera la jurisprudencia ha logrado encontrar un punto de apoyo preciso en esta materia, como lo demuestra la siguiente doctrina expuesta por la Corte en alguna ocasión: "El perjuicio moral en su acepción más lata puede ofrecer infinitud de formas y de grados cuya apreciación quedaría sujeta a consideraciones personales completamente arbitrarias de los Jueces, si no se determina y adopta un criterio diferencial que sirva para definir la existencia de un daño de esta naturaleza sobre bases de realidad jurídica, y tal criterio no puede fundarse sino en las definiciones y reglas normativas que ofrecen la doctrina y la jurisprudencia". (18).

Pues bien, no hay razón para creer que el criterio de la doctrina sea menos arbitrario o más valioso que el de los Jueces. La Corte con lo dicho, no hace más que evadir la solución de un problema que, de otra parte, parece insoluble a la luz del derecho positivo.

Pareja incertidumbre se presenta en la reparación del daño moral. Es cierto que el art. 94 C. P., dice que cuando no fuere fácil o posible su avalúo, "podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos". Pero como hay un criterio decisivo para apreciar la intensidad

(18) (Ortega Torres, Código Civil, Temis, Bogotá, 1957, p. 964).

del daño moral, los Jueces optan a menudo por la condena máxima autorizada por el art. 94 C. P. En otras ocasiones se advierten condenas por cuantías menores, fundadas en consideraciones ridículas. Por ejemplo, ha llegado a decirse que el dolor sufrido por la muerte del padre es menos intenso en los hijos menores que en los adultos y que, por consiguiente, aquéllos merecen ser indemnizados en inferior cantidad. (19)

Se advierte, pues, que la institución del daño moral es bastante imprecisa y de difícil aplicación en la práctica. De hecho, la jurisprudencia de la Corte la ha rechazado en lo atinente a la responsabilidad contractual. (20)

10) Por regla general, quien alegue haber sufrido un perjuicio debe probar su existencia y su cuantía. Este principio rige en todos los ámbitos de la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, en la contractual sufre dos excepciones: la una, relativa a las obligaciones dinerarias; la otra, referente a la cláusula penal (vid. supra. nos. 1 y 8).

En otra época, la Corte llegó a sostener que "la ley presume que toda infracción del contrato origina perjuicios al acreedor" (21) Pero en un fallo más reciente, el 26 de enero de 1967, varió la doctrina anterior. He aquí el pensamiento expuesto en el fallo precitado:

"El incumplimiento del contrato no siempre le infiere perjuicios al acreedor. Casos hay en que no produce daño alguno, o en que, por el contrario, le proporciona beneficios al propio acreedor. De aquí que no pueda considerarse el perjuicio como un efecto forzoso e inexorable del incumplimiento y que este último no sea tenido ni figure legalmente consagrado como una presunción de que se han causado daños. Prueba de ello es que sólo en dos casos excepcionales la Ley presume que el incumplimiento de una obligación ocasiona perjuicios al acreedor. La primera de tales excepciones aparece consagrada por el art. 1617 del C. C. Efectivamente, como el objeto de la indemnización consiste en el pago de una suma de dinero, sucede que el incumplimiento de una obligación que tiene este mismo objeto no daría lugar a exigir sino una cantidad pecuniaria igual a la debida, razón por la cual no hay necesidad de demandar en tal caso el

(19) (Cfr. Ortega Torres, op. cit., p. 970).

(20) (Cfr. Ortega Torres, op. cit., p. 969).

(21) (Vid. Ortega Torres, op. cit., p. 657).

resarcimiento, sino el pago del guarismo que se debe. Y como el dinero es cosa fructífera, el precepto citado autoriza demandar en el mismo supuesto el pago de intereses moratorios y, por vía de excepción, dispone en su ordinal segundo que, cuando se cobran dichos intereses, el acreedor no necesita justificar perjuicios". (22)

La segunda excepción de que habla la Corte es relativa a la cláusula penal, pero ya vimos (supra) que esa Institución no siempre tiene carácter indemnizatorio.

11) Nos ocuparemos enseguida de la reparación del daño. Se trata de saber en qué medida y cómo debe ser reparado el perjuicio ocasionado por el ilícito administrativo.

El daño debe ser reparado en su integridad, siempre y cuando reúna los requisitos de certidumbre y de causalidad con el ilícito que indicamos atrás. Este principio rige en todos los órdenes de responsabilidad; sin embargo, tiene excepciones. En la responsabilidad extracontractual, "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" (art. 2357 C. C.). La norma citada consagra la llamada compensación de culpas, cuya apreciación corresponde al juzgador; la ley no brinda criterio alguno para hacer la gradación cuantitativa del caso (23). La segunda excepción tiene lugar en materia contractual, en los casos en que no es posible exigir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios (art. 1600 C. C.). En tales hipótesis, la pena reemplaza a la indemnización y su valor puede no coincidir con el perjuicio.

12) En teoría la reparación del daño puede revestir dos formas: a) reparación en especie; b) reparación por equivalente, principalmente en dinero.

La reparación en especie "consiste en lograr suprimir, en borrar, el daño causado por la culpa del demandado, en lugar de dejar subsistente ese dato procurándole a la víctima un simple equivalente... Se entiende con ello una condena que obliga al demandado, ya sea a cumplir su obligación positiva, ya sea a abstenerse del acto que fuere contrario a su obligación negativa, o destruir lo que haya hecho contraviniendo esta obligación". (24)

(22) (Derecho Colombiano, No. 63, marzo de 1967, p. 335 y ss.).

(23) (Vid. Ortega Torres, Código Civil, Ed. Cit., p. 987).

(24) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. III, vol. I, p. 481).

Mediante la reparación por equivalente, "el Juez no tratará de borrar el daño sufrido por la víctima. Pero se esforzará en compensarlo; tomará las medidas destinadas a procurarle a la víctima una ventaja que sea el equivalente del perjuicio padecido; condenará por ejemplo, al responsable a abonarle una cierta suma de dinero a la víctima, por daños y perjuicios. El perjuicio no desaparecerá; pero quedará compensado". (25)

13) La reparación en especie es la regla general en la responsabilidad por violación del principio de legalidad. En este campo se busca fundamentalmente el restablecimiento del derecho lesionado por la actividad administrativa ilícita (art. 67 C.C.A.). Esto no significa que la víctima deba, en todo caso, solicitar la reparación en especie y acudir a la reparación por equivalente sólo por vía subsidiaria. Veremos enseguida como en las demás responsabilidades la víctima puede elegir entre ambos modos de reparación, salvo en los casos en que sea imposible la reparación en especie. No encontramos razones de peso que justifiquen una solución distinta para la responsabilidad por violación del principio de legalidad.

En materia contractual la víctima puede elegir entre la reparación en especie y la reparación por equivalente. En el primer caso, tratará de obtener el cumplimiento de la obligación en su sentido originario. Cuando la reparación en especie es imposible, el acreedor solamente puede acudir a la reparación por equivalente.

En las obligaciones dinerarias únicamente cabe la reparación en especie, según se vio atrás.

En la responsabilidad extracontractual se ha vacilado acerca de si la víctima puede optar por la reparación en especie o si necesariamente debe acudir a la reparación por equivalente. La práctica judicial en nuestro país se inclina por la segunda forma de reparación. Con todo, ningún texto se opone a la reparación en especie en este ámbito de la responsabilidad. Las normas sobre responsabilidad extracontractual hablan simplemente de la obligación de reparar o indemnizar el daño causado por el comportamiento culpable y es claro que la reparación más ajustada a la realidad es la reparación en especie.

Parece indudable que la víctima puede solicitar la reparación en especie. Empero, es menester averiguar si debe hacerlo en forma prin-

(25) (Mazeaud-Tunc, op. cit., p. 480).

cial, acudiendo a la reparación por equivalente sólo por vía subsidiaria o si puede elegir entre ambas formas de indemnización.

Nosotros creemos que la víctima puede optar, bien por la reparación en especie, ora por la reparación por equivalente. Sin duda, al momento de producirse el daño surge una obligación a cargo del autor del ilícito y en favor de la víctima, consistente en reparar el daño. La reparación de daño, en principio, debe ser en especie, que es la manera más exacta de indemnizarlo, pero el obligado, si no cumple inmediatamente, incurre en mora desde ese momento. Ahora bien, el incumplimiento le abre la vía a la víctima para pedir la reparación en especie o la reparación por equivalente, como en cualquiera otra obligación.

En los casos en que no sea posible la reparación en especie, a la víctima sólo cabe solicitar la reparación por equivalente; tal acontece, por ejemplo, en el daño moral o en las lesiones corporales.

Mazeaud-Tunc, opinan que la reparación en especie debe ser ordenada por el Juez y puede ser ofrecida por el demandado, incluso contra el querer de la víctima, porque el principio general ordena reparar el daño y éste es el modo más eficaz de reparación (26). Nosotros nos apartamos de esa opinión, por las razones que acabamos de exponer.

14) La reparación por equivalente tiene lugar cuando la víctima opta por ella o cuando es imposible la reparación en especie. Por regla general, se trata de compensar el daño sufrido por la víctima, mediante el pago de una suma de dinero. Es preciso, entonces, avaluar los daños y ordenar al responsable al pago de la cantidad correspondiente.

En algunos casos excepcionales, la reparación puede hacerse por equivalentes no dinerarios. Pérez Vives señala los casos más importantes, así: "1º El evento del modo (art. 1151 inc. 2º, C. C.); 2º El de las obligaciones de no hacer (art. 1612 inc. 3º, C.C.); El de la adjudicación judicial al acreedor del bien empeñado o hipotecado (arts. 2422, 2425, y 2450 C. C.); 4º El de la subrogación real que se opera cuando se paga el seguro del inmueble hipotecado (art. 2446 C. C.); 5º El de la substitución del objeto de la obligación por otro equivalente". (27).

(26) (Mazeaud-Tunc, op. cit., p. 485, Nros. 2305 y 2306).

(27) (Pérez Vives, op. cit., Vol. III, p. 229 y ss.).

A los ejemplos ofrecidos por Pérez Vives podemos agregar el siguiente: Cuando la cláusula penal tiene sentido indemnizatorio y consiste en una prestación distinta de dar una suma de dinero, la reparación se traduce en un equivalente no pecuniario.

Ahora bien, salvo los casos en que es admitida la reparación por equivalente no pecuniario, la indemnización debe hacerse en dinero. El Derecho Colombiano no autoriza a tomar la obligación de reparar el perjuicio ocasionado por el daño como una obligación alternativa en la que se debe dinero u otro objeto a la elección de la víctima. No creemos que entre nosotros pueda adoptarse la solución de las jurisprudencias francesa y alemana en el sentido de que la víctima pueda optar, de modo general, por obtener indemnizaciones por otros equivalentes que en dinero (28).

15) Veamos algunas modalidades de la reparación pecuniaria. Ya se dijo que con ella se busca otorgar a la víctima una satisfacción en dinero que se mira como equivalente al daño sufrido. Esa reparación opera de diversas maneras en el daño emergente y en el lucro cesante.

En el daño emergente la indemnización consiste en el pago del valor del bien deteriorado o perdido al momento del fallo. Además, hay que reparar los gastos razonables ocasionados por el ilícito. Todo ello se traduce en el pago de un capital.

Las lesiones corporales y la pérdida de la vida no son, en principio, susceptibles de avalúo pecuniario en razón de daño emergente. Dan lugar solamente a la indemnización de los gastos ocasionados. Sin embargo, si generan lucro cesante, cabe avaluarlas en concepto de fuente de provecho y en tal caso su reparación equivale a la del daño emergente. Examinaremos esta hipótesis más adelante.

El lucro cesante causado hasta el momento del fallo debe repararse mediante el pago de un capital que compense la ganancia frustrada. Pero es posible que se extienda más allá de la sentencia. En tal caso, debe ser indemnizado hasta el momento de la reparación de la fuente productiva. La indemnización puede consistir en el pago de un capital que produzca el equivalente del lucro esperado o en el pago de una renta periódica que le compense. Una vez reparada la fuente del provecho, cesa la obligación de indemnizar el lucro cesante. Así, por ejemplo, la destrucción de un vehículo público, genera,

(28) (Cfr. Mazeaud-Tunc, op. cit., Nros. 2317 a 2320; Larenz, Karl, op. cit., T. I., p. 228).



desde luego, daño emergente: el valor del vehículo. Pero da lugar también al lucro cesante: lo que normalmente pudo haber producido el vehículo de no mediar el daño. Pues bien, ese lucro cesante se extiende hasta el momento de la reparación del daño emergente; la indemnización pecuniaria reemplaza al vehículo y se entiende, por consiguiente, que la productividad del capital entregado es igual a la del vehículo.

Miremos las hipótesis de daños corporales, incluso la pérdida de la vida, que producen lucro cesante. Este consiste en el provecho o la ganancia que el propio lesionado o las personas que de él dependen dejan de reportar a causa del daño. Este lucro cesante debe ser indemnizado. Cabe hacerlo de dos maneras: mediante el pago de una renta o mediante el pago de un capital.

En el primer caso, el lesionado recibirá una pensión periódica por el tiempo que dure la lesión después del fallo. El lucro perdido al tiempo de la sentencia se paga en forma de capital. Las personas que dependían del difunto podrán exigir, durante el tiempo de la vida probable de éste, y mientras tuvieran legalmente el derecho de recibir su protección, una pensión equivalente al auxilio que, en condiciones normales les habría prestado la víctima. Hasta el momento del fallo, esta pensión se traduce en el pago de un capital: se trata del lucro cesante ya causado. La forma de renta periódica puede comenzar a operar con posterioridad al fallo.

En el segundo caso, en lugar de la renta periódica, se condena al responsable al pago de un capital que compense el lucro perdido para el futuro. Se entiende que ese capital podrá producir una renta equivalente a la pérdida. Esta es la solución más frecuentemente utilizada por nuestros tribunales y quizás sea la más práctica. Con todo, por nuestra experiencia personal, no creemos que haya sido correctamente aplicada. Este sistema, en realidad consiste en reparar el daño emergente configurado por la pérdida de una fuente de provecho o de ganancia. El no haberlo entendido de esa manera ha sido motivo de error en la aplicación del sistema. En efecto, el cálculo de la suma que compense las rentas frustradas se hace a menudo desde el momento de la realización del daño (muerte o incapacidad) y no se alude especialmente al lucro cesante, por considerarlo incluido dentro de esa suma. Ahora bien, el lucro cesante corre desde la producción del daño, vale decir desde la privación de la fuente. Cuando ésta sea reparada mediante el pago de la suma de que se habla, los intereses de dicha cantidad permitirán compensar el lucro cesante

en cuanto al futuro, pero no en relación con el pasado. Por consiguiente, hay que condenar por concepto del lucro cesante hasta el momento del pago de la suma que puesta a interés va a compensar la pérdida de la fuente de provecho. Esta suma, por otra parte, solamente puede precisarse en el momento de su pago, porque va a compensar el lucro cesante para lo futuro, más no para el pasado. Sin embargo, como no hay procedimientos adecuados para hacer las liquidaciones correspondientes, creemos que la suma pagadera por concepto de daño emergente puede liquidarse al momento de la ejecutoria del fallo y que hasta ahí se condene al pago del lucro cesante ya causado. En efecto, en esa ocasión nace el derecho de exigir ejecutivamente el cumplimiento de la sentencia. Si en esa oportunidad no se repara el daño emergente es posible exigir el pago de intereses moratorios por el incumplimiento. En cuanto al lucro cesante, este no puede producir intereses: lo contrario sería admitir al anatocismo.

La suma que puesta a interés va a compensar el lucro cesante, es decir, que va a reparar la fuente de provecho, se calcula generalmente teniendo en cuenta la vida probable de la víctima, el tiempo que legalmente podrían esperar protección de ella sus familiares y el valor de la protección que la víctima les brindaba. Para ello la jurisprudencia suele acudir a las llamadas tablas de Garuffa y a las tablas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Bancaria para las Compañías de Seguros. Así lo ha dicho la Corte en varias ocasiones. (29).

#### ADVERTENCIA FINAL

Ya en prensa la presente edición de la revista Estudios de Derecho, el Gobierno Nacional expidió el nuevo Código de Comercio (D. 410/71), cuyo art. 860 dice que "en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás". De ahí puede inferirse que la licitación obliga a la Administración a celebrar el contrato correspondiente, lo cual modifica sustancialmente la doctrina que expusimos en el Cap. IV, N° 6, pues la responsabilidad en que incurre la Admón. por violación del concurso o por negarse a contratar con el mejor postulante viene a quedar comprendida dentro del ámbito de la responsabilidad contractual.

(29) (Vid. Ortega Torres, Código Civil, Ed. cit., p. 961).