

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Su fundamento jurídico no está en las normas del Código Civil sino en las de la Constitución Política, lo mismo que en sus desarrollos legales legislativos.- La naciada del acto administrativo.- Por "falla del servicio".- Elementos con causalidad.- Causales de exoneración.- Por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.- Su fundamento jurídico elementos.- Por trabajos públicos.- Elementos.- Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.- Caducidad de la acción. Por almacenaje.- Las vías de hecho.- Concepto, el exceso de poder, la falta de procedimiento, la operación administrativa y las vías de hecho.- Responsabilidad por daño especial Responsabilidad por riesgo. Nuestra jurisprudencia no la ha reconocido.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JORGE VALENCIA ARANGO

Bogotá, D.E., octubre veintiocho (28) de mil novecientos setenta y seis (1976)

Radicación número: 1482

Actor: BANCO BANANERO DEL MAGDALENA

El Banco Bananero del Magdalena, en liquidación, por medio de apoderado, formuló demanda tendiente a obtener, en contra de la Nación, la declaratoria de que esta es administrativamente responsable de los perjuicios sufridos por el Banco demandante, con motivo de la operación administrativa realizada a través de la Superintendencia Bancaria y relacionada con la liquidación de dicho Banco, y como consecuencia de la declaración anterior, para que se condene a la Nación, a pagarle, por concepto de indemnización de perjuicios, la suma de \$4.500.000.00; más los intereses legales de dicha suma, o la que resulte acreditada, desde el 1 de julio de 1970.

Como hechos, expresó el actor, los siguientes:

"Primero. El Banco Bananero del Magdalena fue fundado en el año de 1959 con el plausible propósito, primordialmente, de propender por el desarrollo y defensa de la principal actividad agrícola de la región

"Segundo. Habiendo registrado en sus primeros años halagadores resultados hasta el punto de haber permitido, aún recién iniciado, distribuir dividendos entre sus accionistas, sin embargo en las postrimerías del año de 1966 el Banco Bananero afrontó serias dificultades debido, en parte, a la crisis sufrida por la industria bananera, y en no menor grado a las perturbaciones padecidas por todo el sistema bancario nacional en razón de las graves circunstancias de tipo monetario, cambiario, financiero y fiscal que atravesaba en ese entonces la economía colombiana.

"Tercero. No obstante, repito, que las adversas circunstancias reinantes incidían en mayor o menor escala, en todos los establecimientos bancarios, la Superintendencia del ramo, a pretexto de ejercer la atribución conferida por el artículo 48 de la Ley 45 de 1923 -sustituido por el artículo 5o de la Ley 57 de 1931- dictó las Resoluciones números 503 y 504 de 1966, ambas dictadas el 16 de diciembre. Por la primera dispuso tomar posesión inmediata de todos los negocios y haberes del Banco Bananero del Magdalena, y *por* la segunda designó a los señores Humberto Gómez Forero y Rafael Ignacio Paz González, funcionarios de aquella, como agentes especiales para los efectos de la liquidación de los negocios del Banco, con todas las facultades que la Ley 45 otorga al Superintendente Bancario.

"Cuarto, Dichas Resoluciones fueron protocolizadas en la Notaría Primera de Santa Marta, mediante la Escritura pública número 869 de 1966, diciembre 22.

"Quinto. La Superintendencia Bancaria tomó posesión de los negocios del Banco Bananero del Magdalena el 17 de diciembre del citado año de 1966, momento de la iniciación de la operación administrativa que da origen a la presente demanda, y operación que concluyó el 1o de julio de 1970 con la entrega de dicha entidad al actual liquidador, don Nelson E. Vives Campo, designado por la Asamblea General de Accionistas en sesión extraordinaria convocada con esa exclusiva finalidad.

"Sexto. Haciendo abstracción -por ser cuestión extraña al presente litigio de la posible ilegalidad de las Resoluciones 503 y 504 de 1966, de la Superintendencia Bancaria por no estar en consonancia con la realidad de los hechos, como se acreditó a posteriori con los resultados de la misma liquidación que permitieron cancelar todo el pasivo externo y representar para cada acción de valor nominal de \$ 10.00 un valor intrínseco de \$ 8.00 y prescindiendo también de muchos otros perjuicios padecidos por mi mandante, la operación administrativa resultante del proceso de liquidación adelantada por la Superintendencia determinó concretamente. para el Banco Bananero el agravio patrimonial que precisaré en los puntos siguientes cuyo **quantum** será establecido en el curso del juicio.

"Séptimo. El edificio de propiedad del Banco Bananero, ubicado en la ciudad de Santa Marta, fue vendido por la Superintendencia Bancaria al Banco de la República, mediante la Escritura Pública número 5737 de 1967, diciembre 19,

pasada ante la Notaria Novena del Circuito de Bogotá, D. E., por un valor de \$ 7.712.454, cuando su verdadero precio comercial era entonces por lo menos de \$ 9.500.000.00

"Octavo. Los liquidadores oficiales adquirieron para el Banco Bananero 450.000 acciones del Banco de la Costa por un valor de \$ 4.500.000, o sea a \$ 10.00 la acción, cuando en realidad el verdadero precio de ésta oscilaba entonces entre \$ 6.00 Y \$ 7.00 Y las fueron adquiriendo antes de la cancelación del pasivo externo y en proporción superior al 10 % del capital pagado y reservas del Banco Bananero, es decir, con violación de la ley.

"Noveno. Los liquidadores oficiales vendieron al Banco de la Costa los bienes muebles de mi mandante por un precio de \$ 1.595.618.52, precio inferior a la realidad comercial de ese entonces expresada en el dictamen de los peritos evaluadores designados por la propia Superintendencia Bancaria y el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Marta, doctores Carlos de Fex y Julio Romero. Este dictamen, comunicado al señor Superintendente el 17 de marzo de 1967 le asigna a aquellos bienes un valor de \$ 2.011.391.40.

"Décimo. Los liquidadores oficiales, no obstante reconocer en la carta número 02329 de noviembre 10 de 1967 dirigida a don José B. Vives, que el abogado Cadavid Gónima reducía a \$ 160.000 el valor de sus honorarios por la cobranza a Embotelladora del Caribe, sin embargo le pagaron \$ 210.000.00 cargándolos al Banco Bananero en la Cuenta Gastos de Liquidación.

"Undécimo. El edificio del Banco Bananero en la ciudad de Santa Marta, como se dijo en el hecho séptimo, fue vendido al Banco de la República el día 19 de diciembre de 1967 mediante escritura pública de esa fecha. Sin embargo, mi mandante fue privado de los cánones de arrendamiento correspondientes al período comprendido entre el 1o de febrero de 1967 y el 19 de diciembre siguiente, cánones que a razón de \$ 52.400.00 mensuales arrojan para dicho lapso un total de \$ 550.200.00, Y

"Duodécimo. Los liquidadores oficiales recibieron tres pagarés por un valor de \$ 675.000.00 provenientes del remate de Embotelladora del Caribe. Y sin necesidad, no habiendo ya entonces pasivo externo por pagar, procedieron a descontarlos en el Instituto de Fomento Industrial (IFI) el 26 de octubre de 1969, lo cual significó para el Banco Bananero un menor rendimiento o pérdida por concepto de principal, intereses y gastos de \$ 169.956.14. Y además, invirtieron el producto del descuento en acciones del Banco de la Costa adquiriéndolas a \$ 10.00 cada una cuando su verdadero valor era apenas de \$ 600 o \$ 7.00 como se advirtió en el hecho octavo del presente libelo".

Concepto fiscal

El señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, analiza los distintos cargos del libelo petitorio, no encuentra violación legal alguna, ni falla de la administración y

concluye conceptuando que deben despacharse desfavorablemente las súplicas de la demanda.

El planteamiento jurídico de la demanda

El actor pretende configurar la responsabilidad estatal como derivada de alguno de los hechos realizados por la Superintendencia Bancaria dentro de la operación administrativa de ejecución de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 503 y 504, ambas del **16** de diciembre de 1966, por medio de las cuales la Superintendencia dispuso tomar posesión del Banco Bananero del Magdalena y ordenó su liquidación, con fundamento en los artículos 50 de la Ley 57 de 1931 y 51 de la Ley 45 de 1923, los cuales habrían producido un **daño especial** que, a su vez, genera responsabilidad para el Estado "en función del principio de equidad y de Justicia de la Igualdad en las cargas o de la igualdad ante el sacrificio, dominante en el derecho público contemporáneo" (Responsabilidad objetiva).

Afirma el actor que el Consejo de Estado acogió jurisprudencialmente la teoría del daño especial, en sentencia del 29 de julio de 1947 en el juicio promovido por la Editorial El Siglo S. A., contra la Nación con motivo de los danos sufridos con los hechos ocurridos como secuela del apresamiento del presidente López, en la ciudad de Pasto, el IO de julio de 1944.

El demandante sintetiza así su planteamiento:

"La Superintendencia Bancaria, como órgano actuante de la administración dentro de la cuadro de la operación administrativa tendiente a la liquidación del Banco Bananero del Magdalena, ejecutó los siguientes hechos: Vendió a menos precio valioso bien inmueble y diversos bienes muebles de aquél; adquirió para él mismo, a precio excesivo, acciones de otro establecimiento bancario (El Banco de la Costa), e hizo perderle las oportunidades de reducción apreciable de los honorarios de un abogado, de percibir los cánones de arrendamiento del edificio de Santa Marta por determinado lapso y de aprovechar los intereses de los tres pagarés descontados al LFI'. (Hechos séptimo a duodécimo del libelo).

Más adelante, en el mismo libelo, expone el actor que de no configurarse el "**daño especial**" también sería responsable el Estado, por falla funcional en la prestación de un servicio público a la luz de los artículos 16 y 20 de la Constitución Política, en cuanto tales artículos habrían sido violados al actuar la Superintendencia como lo hizo, esto es, incurriendo en violación de medio de los artículos 50, 51, 52 Y 57 (69 de la Ley 57 de 1931) 58, 59 Y 75 de la Ley 45 de 1923, al enajenar unos bienes muebles con desconocimiento de un avalúo hecho por peritos; y del artículo 30 del Decreto-ley 329 de 1938, en cuanto dispuso la adquisición de acciones del Banco de la Costa, para el Banco Bananero, en

proporción mayor del 10% del capital pagado. "

Por último, dice el demandante que en "el supuesto de que se llegase a considerar que la responsabilidad del Estado no se basa exclusivamente en reglas de derecho público, invocó como norma que también han producido quebranto los artículos 2341 y siguientes del título 34, Libro Cuarto, del Código Civil, consagratorios de la responsabilidad común o civil por culpa aquiliana o extracontractual".

Como puede verse, el actor pretende la indemnización de perjuicios principalmente con base en la responsabilidad objetiva, subsidiariamente en la responsabilidad por falla y, en subsidio de las anteriores, con base en la responsabilidad por culpa que reglamenta el Código Civil.

La responsabilidad del Estado

Conviene examinar cuál ha sido la evolución jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de esta corporación, en relación con la naturaleza y alcance de la responsabilidad extracontractual *del estado*.

A - Jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia

En sentencia de junio 30 de 1962, la Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado doctor José J. Gómez, hizo un estudio completo del problema, en los siguientes términos: .

"Para decidir sobre el recurso y señalar a la vez una orientación uniforme a la doctrina acerca de la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas, incluso el Estado, es de rigor examinar la trayectoria seguida en la materia por la jurisprudencia nacional.

"Primero. Responsabilidad indirecta

"10. Esta fue la responsabilidad inicial de las personas morales del derecho privado y público, a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

"Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a elegir sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Y como la doctrina había deducido, para los casos contemplados materialmente en dicho texto, algunas presunciones de culpa de quienes tenían a su cuidado o bajo su autoridad o guarda a las personas a que tales preceptos aluden, fueron igualmente aplicadas dichas presunciones a los entes jurídicos, los cuales podían desvirtuarlas demostrando haber tomado las medidas encaminadas a una acertada escogencia

y un esmerado control de sus agentes. Era la responsabilidad por los hechos 'ajenos', que las citadas disposiciones estatuyen literalmente.

"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. Más la doctrina pronto llegó a comprender a las personas morales de derecho público, cuando el dogma de la irresponsabilidad del Estado, repercusión del concepto que por entonces se tenía de la soberanía, fue cediendo al influjo de la moral, llamada a participar en las relaciones del Poder Público con los mismos miembros de la comunidad. Así fue como entre nosotros, al igual que en otros países, la doctrina y la jurisprudencia propugnaron la aplicación a los entes jurídicos, de algunas normas de derecho privado: los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil reguladores de relaciones entre las personas naturales, respondieron a dicha tendencia.

"11. En efecto, la sentencia de esta Corte, fechada el 20 de octubre de 1898 (XIV, 684, 56), afirmó la responsabilidad civil indirecta de las personas morales en general, con inclusión explícita de las de derecho público, advirtiendo que tal era hasta entonces la doctrina consagrada en fallos anteriores, de los cuales el de Octubre 22 de 1896 (IX 565, 357) había aceptado la responsabilidad civil de la Nación originada en 'el delito Imputable a los funcionarios publicas', que fuese cometido en el desempeño del cargo o con pretexto del mismo.

"Y posteriormente no pocas sentencias de las Sala de Negocios Generales y de Casación Civil de esta corporación reprodujeron literalmente los siguientes conceptos del fallo citado de octubre de 1898, con respaldo de sus conclusiones.

"En materia delictual y cuasidelictual establece (la ley) que es la 'mala elección' o 'falta de vigilancia' en el empresario o patrono, la causa que se presume mientras no se pruebe 'ausencia de culpa..... Ahora bien, en materia de delitos y culpas civiles, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aún por la mala elección que de ellos se haga. Un empresario de transporte, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causen daños a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo.

"El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra, y en este sentido se han resuelto por la Corte, cuestiones análogas a la presente, y no habría razón alguna para cambiar los precedentes establecidos en punto que asume excepcional gravedad".

"12. Esta jurisprudencia, comprendía toda especie de personas morales y

agentes de las mismas y tanto el delito como el cuasidelito en que incurriesen, imputables a delictuosa elección o vigilancia de los empleados, a menos que acreditasen haber empleado en ello una prudente diligencia, o, en una palabra, ausencia de culpa. Lo cual significa que se trataba de una responsabilidad indirecta presunta de los 'comitentes'.

"Se repitió esta doctrina en fallo de julio 19 de 1916 (XXV, "1294 Y 1295, 304), referente al caso de responsabilidad de la administración, por negligencia en la ejecución de las obras de mejoramiento de una vía pública, con las cuales se causó daño a uno de los propietarios vecinos y la sentencia de 17 de junio de, 1938" de la Sala de Negocios - Generales (XLVI, 1937, 686) reiteró la responsabilidad indirecta de las personas morales -incluido el Estado- con la misma sustentación en los artículos 2347 y 2349 de Código Civil.

"La casación de mayo 12 de 1939 (XLVIII 1947, 30), reitera esta tesis con el respaldo de las citadas normas, las cuales establecen una presunción de culpa contra el empresario o dueño por razón de los daños causados por sus dependientes con ocasión del ejercicio de las respectivas funciones" y no del artículo 2341, 'que regula el hecho personal'.

"El fallo de la Sala de Negocios Generales de junio 30 de 1941 (LII, 1967 115) mantuvo esta doctrina en relación con los agentes de la administración, en virtud de la 'subordinación y dependencia' en que se hallan, de forma que la culpa del empleado 'repercute sobre el empleador', quien se hace por ello indirectamente responsable".

"Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil -dice- se explica únicamente por aplicación, conforme ya está dicho, de los artículos 2347, primero inciso y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a terceros quien, solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además, de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (preposés, llaman los franceses), como el desarrollo del hecho causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de ésta, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño".

"Posteriormente esta doctrina fue confirmada en sentencia de noviembre 26 de 1941 (LII 1981. 758) febrero 25 de 1942 (LIII 893), octubre 28 de 1942 (LIV bis

p. 379) agosto 27 de 1943 (LVI, 2001, 509), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009. 148), noviembre 5 de 1952 (LXXXV. 2114. 846), julio 4 de 1957 (LXXV 2114 v 2122, 626) julio 4 de 1957 (LXXXV, 923), y febrero 2 de 1959 (XC 2207 a 2209, 16) Algunos fallos v. g. los fechados en junio 30 de 1941 (LII, 1977, 115) marzo 3 de 1942 (LXXXIX 2003 a 200'5. 711). admitieron ala vez el sistema de las fallas del servicio público".

"13. Estas decisiones a través de los diversos casos y mediante un permanente empeño doctrinario, configuraron la responsabilidad indirecta de los entes jurídicos, así:

"a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sean la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas;

"b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;

"c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;.

"d) Existe, además una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;

"e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;

"f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años, contra el autor, si se trata de infracción penal en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos; y

"g) Le sirven de arraigo a esta doctrina especialmente, 101 citados artículos 2347 del Código Civil que tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados 'ajenos'".

"Segundo. Responsabilidad directa y responsabilidad por las “ fallas del servicio público.

"14. En relación con las personas jurídicas en general, contempladas ya doctrinariamente en el título 34, Libro IV, del Código Civil, y de manera concreta en los artículos 2347 y 2349 sobre responsabilidad indirecta, la evolución jurisprudencial halló insuficientes los fundamentos de esta última, ya por la inaplicabilidad de los deberes de escogimiento y control, Que inspiran las situaciones previstas en los artículos 2347 y 2349 ora por la vinculación sui-generis, necesaria, entre la estructura orgánica de la persona jurídica y sus agentes, cuya presencia en ella es esencial para su existencia efectiva,

funcionamiento y consecución de sus fines. "La calidad de ficticias de las personas jurídicas - dijo la Corte - no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión".

"De esta manera la Jurisprudencia nacional, a partir de la casación de agosto 21 de 1939 (XLVIII. 1950, 663) inició la revaluación de los conceptos básicos de tal responsabilidad indirecta aplicada a las personas morales, conceptos diferentes - como acaba de decirse- a los deberes de vigilancia y selección del personal y a la naturaleza del vínculo entre el sujeto moral y sus empleados y recibió la nueva orientación de una responsabilidad directa la persona jurídica, por el quebranto patrimonial y moral que a terceros ocasionaren culposamente sus agentes, en ejercicio de sus atribuciones, con ocasión o pretexto de estas. El problema, fue desplazado, por tanto de los citados artículos 2347 y 2349, para vincularlo al principio general del artículo 2341.

"Esta responsabilidad directa fue delineándose a lo largo numerosas providencias, sin perjuicio de la forma indirecta -que no pocas providencias siguieron aplicando-; ni de la tesis organicista, que a poco fue acogida; ni del más nuevo criterio, en lo atinente a la responsabilidad del Estado, conocido con el nombre de las 'fallas del servicio público'. Lo cual quiere anticipar que cada tesis mereció ser acogida par la jurisprudencia en diversas ocasiones, pero no en etapas definidas, sino alternándose unas con otras, en una misma época, sin el predominio de ninguna.

"15. Las sentencias, entre otras, de noviembre 18 de 1940 (L 1964, 439), julio 10 de 1942 (LIV 1989, 27), abril 7 de 1943 (LVI, 896 y 1997, 259), mayo 26 de 1944 (LVII, 2010, 272), noviembre 28 de 1944 (LVIII, 2016, 148), abril 18 de 1945 (LIV 2719, 98), abril 11 de 1946 (LX 2032, 565), septiembre 30 de 1946 (LXI, 2038, 115), octubre 30 de 1946 (LXI 2042, 777) y octubre 18 de 1950 (LXVIII, 2087, 467) señalaron a la responsabilidad directa de los entes morales públicos y privados, los siguientes distintivos generales:

"a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

"b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos 'ajenos' de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales, y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones;

"c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito) hecho de terceros o culpa de la víctima;

"d) Responden del daño. solidariamente la persona jurídica y el autor, y aquélla puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

"e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

"f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil fundamento general de la responsabilidad extracontractual.

"16. Pero, esta responsabilidad directa sufrió luego dos variantes 'de importancia en la jurisprudencia de la Corte; una, en relación con las personas morales privadas y públicos, y otra, respecto de estas últimas, Únicamente.

"A) La primera consistió en la adopción de la tesis organicista, según la cual, los agentes de la persona moral se dividen en dos grupos: el de los directores y representantes, depositarios de la voluntad de aquella, es decir, los órganos de la misma; y en el de los auxiliares o dependientes, ajenos a tales calidades. Conservó esta variante la responsabilidad directa respecto a los hechos de los agentes órganos, y la indirecta en lo atinente a los agentes subalternos, con las consecuencias correspondientes a la una y a la otra.

"B) La segunda es la aparición de la tesis de 'las fallas del servicio', como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. O en otras palabras, la culpa del derecho común, localizada en un agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la administración.

"17. Se avanzó más, en consecuencia, en este último terreno por que el factor culpa se afectó en su especificidad y sujeto; lo primero porque no fue exclusivamente el hecho singular y determinado, causante de un daño, sino también la falla general de organización o funcionamiento de un servicio público; lo segundo, porque el sujeto no fue ya un hombre concreto, sino el Estado, en razón del deber primario -que explica su existencia de suministrar adecuadamente los servicios públicos al grupo humano que gobierna y representa. El objeto, la extensión y variedad de los servicios públicos, en el límite que lo exijan las necesidades del pueblo, fueron bastantes a medir y precisar la responsabilidad del Estado, por las irregularidades de que pudiesen adolecer esos mismos servicios.

"Dijo así la Casación, de agosto 21 de 1939 (XLVIII, 663)

“ Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la

escogencia o elección de la persona que en su representación o su nombre debe ejercitar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos, generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la culpa **in eligendo** y en la **in vigilando** ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados por la ley, cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C. C.), **no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de superioridad o la esencia o vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno**, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión. Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar al estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos, derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los daños por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, en secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que le corresponde individualmente por las actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independientes de él. No es falta en la selección del personal (culpa in-eligendo) la base de la responsabilidad estatal, que más bien debe buscarse en la falta de previsión hacia los ciudadanos que ya implícita en el mal uso del poder de control y dirección que corresponde a los gestores municipales en las actividades de servicios adscritos al Distrito".

"18. Esta doctrina fue reiterada después en casaciones de 30 de noviembre de 1942 (LIV bis, 289) y abril 7 de 1943 (LV, 1996, 259) Y aún cuando el fallo de la Sala de Negocios Generales de 27 de agosto de ese último año (LVI. 2001 a 2005, 511), revivió la tesis de la responsabilidad simplemente indirecta, y el 15 de mayo de 1944, de la misma Sala (LVII, 2010 a 2014, 793 Y ss.), introdujo, en relación con las personas jurídicas, públicas y privadas, el criterio organicista de la responsabilidad de 'las fallas del servicio público' continuó inspirando crecido

número de decisiones de la Corte, como aparece de las fechadas en febrero 21 de 1947 (LXI, 2042 a 2044, 777), julio 9 de 1948 (LXIV 2062 y 206?, 595), octubre 18 de 1950 (LXVIII y 2088, 467), febrero 24 de 1953 (LXXIV, 2124 Y 2125, 275), julio 7 de 1953 (que no aparece publicada) y agosto 13 de 1953, no obstante citar como apoyo los artículos 2347 y 2349 del Código Civil (LXXVI, 2133, 156).

"19. La responsabilidad de la administración, conforme a la tesis de las 'fallas del servicio', quedó, según la doctrina expresada, caracterizada en lo general, en los términos siguientes, sin perjuicio de las precisiones que este fallo le introduce más adelante (V. Nos., 32 a 35).

"a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la 'falla de servicio', o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

"b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

"c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

"d) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima);

"e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y al agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella;

"f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva mismo;

"g) La acción indemnizatoria contra la administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa; y la acción contra el agente determinado. si lo hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil. (En el N° 34 del presente fallo se aclara y precisa este punto); y

"h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil base de la responsabilidad extracontractual directa (V. No - 35 ib.).

"No se trata de responsabilidad objetiva, pues reposa en el factor culpa cuya raíz se halla en la referida misión del Estado: ni tampoco en la teoría del 'riesgo creado'. que es responsabilidad objetiva que algunos definen para los casos de las

actividades peligrosas. Respecto de estas la jurisprudencia nacional tiene establecidas presunciones de culpa, expuestas a ser desvirtuadas mediante la demostración de uno de los hechos exceptivos que admite la doctrina.

"Tercero, **La responsabilidad según la tesis organicista.**

"20. Aceptada jurisprudencialmente la aplicabilidad de las normas del código civil sobre responsabilidad extracontractual a las personas jurídicas y privadas, no contempladas literalmente en las normas del título 34. libro IV del código civil. Primero para imponerles una responsabilidad indirecta con la contribución de los artículos 2347 y 2349; después para fundar una responsabilidad directa, con arreglo en el principio general del 2341: luego, en cuanto a las personas de derecho público, para crear una responsabilidad por 'fallas del servicio' tal aplicabilidad del derecho civil se ensayo por ultimo con el ingreso a la jurisprudencia de la tesis organicista en relación con toda clase de personas morales, públicas y privadas.

"En efecto, la sentencia de mayo 15 de 1944 (LVII, 2010 a 2014, 793, y ss.) consagró esta última concepción:

"Claro es que habrá necesidad - dice - de tener en cuenta la índole de las personas morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil. La persona física se obliga con respecto a la responsabilidad en los casos en que ella actúa personalmente. o cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta su subordinado: la persona moral habría de comprometer su responsabilidad directa cuando actúa su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquéllas para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos no es ella misma la que actúa, sino sus agentes, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física. . .

"Habrá órganos de la persona moral – agrega - cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que la dirige' y en los demás casos de personas Que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, más no sus órganos".

"22. Esta jurisprudencia, después de que otros fallos les abrió de nuevo a la doctrina de la responsabilidad directa o indirecta de la administración, fue acogida de nuevo en sentencias de octubre 27 de 1947 (LIII. 2054 y 2055. 87)' abril 16 de 1955 (LXXX. 2192. 130), diciembre 6 de 1969 (XCIV 2233 v 2234, 438), septiembre 1 de 1960 (XCIII. 2030, 2031. 2957) Y abril 14 de 1961 (sentencia en juicio de Saúl Navarro Espitia contra la Nación, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

"23. Tales providencias señalaron a las tesis organicistas estos caracteres generales:

"a) En toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos, depositarios de la voluntad de la persona moral y agentes auxiliares, no representativos ni depositarios de esa voluntad;

"b) Solo la culpa de los primeros repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan; en tanto que la culpa de los agentes auxiliares, por carecer de dicho carácter, no genera sino una responsabilidad del ente colectivo;

"c) Subsiste el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad, y debe por lo tanto, probarse el hecho dañoso concreto de un agente determinado;

"d) Para exonerar, la persona jurídica de la responsabilidad por el daño se debe probar un factor extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); si de un agente auxiliar, le basta demostrar ausencia de culpa;

"e) Prescribe la acción contra la persona moral, en el primer caso, conforme a las reglas comunes, y en el segundo, en tres años. En este, contra el subalterno o auxiliar según las normas ordinarias; y .

"f) Se funda esta tesis, en lo que atañe a los agentes representativos, en el artículo 2341 del Código Civil, que ordena responder por el perjuicio causado a otro, y en lo que respecta a los demás, en los premencionados artículos 2347 y 2349, asiento de la responsabilidad indirecta.

"Cuarto. **El estado actual de la jurisprudencia**

"24. Los antecedentes expuestos demuestran que el, proceso jurisprudencial relativo a esta materia comenzó, antes de iniciarse el presente siglo, con la admisión de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, incluso las de derecho público, por la culpa de sus agentes, sin distinción de categorías, deberes y oficios. Lo cual coloca a Colombia entre los países de vanguardia en América en lo que concierne a las transformaciones jurisprudenciales del derecho sobre responsabilidad extracontractual.

"Como medida inicial, la Corte tomó la siguiente del artículo 2347 del Código Civil sobre responsabilidad indirecta, que estaba circunscrita a las personas naturales, para llevarla al dominio de las personas jurídicas de derecho privado Y público, como aparece de las citadas sentencias de 1896 (octubre 26) y 1898 (octubre 20) y de otras anteriores a que estas aluden. Después de una larga reiteración,

esta doctrina sufrió una mudanza radical, como antes se expuso (Casación de agosto 21 de 1939 (XLVII, 1950, 663), por haber entrado a participar en la forma como de allí en adelante la jurisprudencia desató los litigios al respecto, el criterio de la responsabilidad directa, cuyas aplicaciones se sucedieron profusamente en tiempo posterior.

"Pero a la vez y desde el año de 1941 (sentencia de junio 31 LII, 1977. 117), fue acogida la tesis de la 'falla del servicio público', que basa la responsabilidad aquiliana del Estado, en la deficiencia o irregularidad del servicio, sin ligamento a un autor individualizado ni a la circunstancia de que esta sea funcionario superior o simple auxiliar. Aquí, el mismo poder renovador jurisprudencial apeló, artículo 2341 del Código Civil para sustentar en dicha tesis la responsabilidad civil de las personas públicas.

"En una palabra, de la tesis de la responsabilidad indirecta de las personas morales, hizo la Corte una intensa y uniforme aplicación hasta el año de 1939; pero, sin que hubiese dejado de seguir esta misma senda en no pocas sentencias posteriores, aquel año marco la aparición de la doctrina de la responsabilidad directa; el de 1941 (fallo de junio 20 de LII. 1977. 117) la del sistema de las ' fallas del servicio público'; y el de 1944 (sentencia de mayo 15 LVII, 1977, 117), la del criterio organicista, hasta las mencionadas de 1969 y 1961, de modo que todas las expresadas formas participaron coetaneamente del favor de la jurisprudencia.

"25. Es, pues evidente que la doctrina aparece al respecto sin una definición uniforme. Las decisiones ya de la Sala de Negocios Generales, bien de la Casación Civil han franqueado los textos del derecho común a las personas jurídicas, públicas y privadas. Mas los diversos criterios se han entrelazado en un mismo periodo, sin duda por la complejidad y variedad de los casos que permanentemente se suceden y el afán de la rama jurisdiccional de buscar soluciones a tono con el progreso de la ciencia jurídica, en las que no han dejado de influir las nuevas directivas de la doctrina general contemporánea.

"Quinto. **La tesis de este fallo.**

"26. Tales consideraciones han llevado a la Corte a reevaluar las antedichas tesis y de preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la administración, la de las 'fallas del servicio', caracterizado por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos (véase en el mismo sentido, la sentencia de La Sala de Negocios Generales de esta fecha).

"La cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil sobre responsabilidad por el hecho producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizada por la peligrosidad o en cuyas funciones - como acontece con el Estado - figuren algunas de esta naturaleza.

"27. Estos, los motivos de dicha preferencia:

"1º Los artículos 2347 Y 2349 del Código Civil, hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamadas a responder las ligadas a ellas según la ley.

"Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

"a) De las relaciones de familia, por ello 'el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de hechos de los hijos menores que habitan en la misma casa;

"b) De las relaciones de guarda, y así 'el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado;

c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de colegios y escuelas 'responden del hecho de los discípulos mientras estén bajo su dependencia y cuidado'; y

"d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden 'los artesanos u empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes', 'mientras están bajo su cuidado'; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos, con ocasión del servicio por este a aquellos".

"28. De los vínculos entre la persona de derecho público o privada; que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución y sus agentes, no puede decirse lo mismo lo mismo lo que predicen dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la 'dependencia', ni tampoco al 'cuidado', de la entidad moral como si se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de los institutos y de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la 'autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y transcribe', se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas y es, por tanto, improcedente instituir una, responsabilidad y unas

presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones **in eligendo e in vigilando**, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ellos una responsabilidad por los 'hechos ajenos'.

"La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad las personas morales, motivo por el cual, dicha forma puede considerarse, ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de la persona (V. Jsserand. Cours de Droit Civil T. II No 510, 10a ed).

"29. La tesis organicista de la división de los agentes, en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa solo de la culpa de los primero y de modo, indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

"Lo primero por que no hay un motivo bastante a demostrar que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y varia en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquellos ejecuten en desempeño de sus funciones: todos ellos cooperan al logro del fin del colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral.

"La identidad alegada entre los órganos de la persona física y los agentes de la jurídica a quienes corresponde la dirección o representación de la entidad, va siendo revaluada. 'No habría que concluir, desde luego, en la identidad de los órganos de una persona moral con los órganos de una persona física; existe entre los unos y los otros una posición de naturaleza: el órgano de la persona moral es el asiento de la voluntad que la dirige, en tanto que los órganos de las personas físicas son los instrumentos inconscientes de una voluntad que los mueva (Planiol, Ripert y Savatier, Traite Practique de Droit Civil Francause'. T. VI, número 93). Y haciendo referencia concretamente a la responsabilidad de los entes morales, agregan estos tratadistas que 'la distinción del órgano y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil... Además, empleando un órgano es necesario que el agente haya obrado en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de darse a esta expresión dos sentidos diferentes según el caso.' Waline

destaca - como es sabido -, las dificultades que rodean la calificación jurídica de los órganos de la entidad moral, dificultades que conllevan otras tantas para aplicar la concepción organicista.

“ En lo que atañe al Estado, y H. L. Mazeaud dicen que ‘ todo agente de la administración, así sea subalterno (subraya este fallo), es un representante de la Nación... Poco importa la calidad del autor del hecho, funcionario, empleado o auxiliar o dependiente de la administración.’ (La responsabilidad civil T. III, 2008 – 2009). Duguit aclara que ‘ cualquiera que sea el agente, el órgano administrativo de quien emane el acto, compromete la responsabilidad pública, ya emane de la más alta autoridad, el Presidente de la Republica, personificando el Gobierno, ya del más humilde de los funcionarios’. ‘ Masa homogénea de agentes públicos’, llama Chapue al personal de los servicios públicos (Responsabilidad publique y Responsabilidad Prive, número 205).

"30. La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no solo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad, no decide ni, actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes, sin los cuales no pasaría de ser una abstracción.

Por eso se ha dicho que, su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada, y de sus agentes, a través de la "incorporación," de estos en aquella - apelando a un vocablo en uso - constituye, un todo indivisible, que no admite tal discriminación.

"Y por ello la tesis organicista es también inequitativa. O todos los agentes cualesquiera que sea, su posición, atribuciones y tareas son órganos, con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecutan en el desempeño de sus cargos, con apoyo en el artículo 2341; o ninguno, lo es para que la responsabilidad sea simplemente indirecta, con respaldo en los artículos 2347 y 2349; pero como tal conclusión es también inadmisibles en esta hora, es al equiparación de los agentes el resultado que se impone, ya que además, su clasificación práctica presenta serios tropiezos .

"31 De lo anteriormente expuesto fluye la inaplicabilidad de la tesis de responsabilidad indirecta, por el hecho ajeno' y del mismo modo, la organicista, construida sobre tan improcedente destinación.

“ En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos, tesis cuyos caracteres

quedaron determinados en el numeral 15 de esta providencia.

“32. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de ‘ las fallas del servicio público ‘ o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad practica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llegan a causarse daños, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.

“Cuando la persona jurídica privada debe reparar el daño inferido por uno de sus agentes, no lo hace como la administración, en virtud de aquel deber fundamental; por ello, esa responsabilidad no puede provenir sino de la culpa de un agente concreto. Mas, si el daño se produce en un servicio público, la responsabilidad se origina en ultimo análisis, en el supradicho deber primario del Estado, causa eficiente, por tanto, por tanto de la referida responsabilidad.

“Lo anterior desde el punto de vista sustancial, mirado a la finalidad del Estado. Invocan igualmente tanto los autores, como las decisiones de Tribunales de otros países, así como el fallo de esta Corte de 30 de junio de 1941 (LII, 1977, 117), entre otros, y con el cual se restauo el criterio de las fallas público, los principios imponderables de la equidad y de la igualdad ante la ley, reguladores de las relaciones humanas y entonces apenas si es elemental que dentro de una noción de solidaridad social sea reparado el daño por el Estado que ocasionen esa falla.

"33 La noción de culpa subsiste, pero se desplaza de un sujeto individual al Estado, por razón del deber referido, de suerte que dondequiera que tales prestaciones fallen con la consecuencia de un daño, la administración habrá dejado de cumplir sus ‘deberes sociales’ e incurrido, por consiguiente, en responsabilidad. Y en merito de la gravedad y trascendencia de dichos suministros puesto que de ellos depende la: convivencia Social y la posición de los bienes espirituales, morales y materiales que permitan al hombre el alcance de sus aspiraciones y fines, se impone la presunción de culpa en el Estado, como sucede, por ejemplo en la responsabilidad indirecta por los ‘hechos ajenos (Artículos 2347 y 2349), o en la que caracteriza las actividades, peligrosas (artículo 2356). Tal presunción no puede desvirtuarse, en consecuencia, sino probando el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la victima. Todo lo cual enseña que no se trata de una responsabilidad ‘objetiva’

La responsabilidad estatal, a estos respectos tiende a generalizarse a manera de

seguro permanente o con respaldo en la teoría del 'riesgo creado', a favor de los particulares, por los quebrantos que sufran con ocasión de las irregularidades de los servicios públicos, comprendidos naturalmente los casos fortuitos, los hechos de terceros y aún la culpa del damnificado - excluido el dolo -. Mas la jurisprudencia nacional no cuenta con el germen legal que le permita llevar a estos confines el horizonte de la responsabilidad extracontractual de la administración.

La Corte tiene descartada la teoría del "riesgo creado", como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en actividades peligrosas como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLIV, 1918, 412) noviembre, 18 de 1949 (L, 1964, 439), febrero 14 de 1941 (L, 1966, 739), mayo 30 de 1941 (LI, 1973, 527), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009, 148) Y abril 30 de 1947 (LXII, 2048, 338).

"34. La tesis de 'las fallas del servicio público', se encuentra sintetizada en el numeral 19 de la presente sentencia. La Corte considera conveniente precisar la materia a que se refiere el punto g) acerca de la prescripción de las acciones, tomando en cuenta lo que en algunos fallos tiene resuelto",

"a) La acción por el daño, contra la administración, trátase de fallas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en veinte años.

"El Estado como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del Código Civil fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro;

"b) La acción de reparación contra el agente determinado si por culpas civiles, se extingue en el, mismo término, ya que tampoco hay norma de excepción al precepto; y sí de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la, prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran las causas del daño provenientes del ilícito penal.

"35. Debe agregarse que, controvertido como ha sido el fenómeno positivo del sistema que finca la responsabilidad del Estado en la prestación inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos (V. Eustorgio Sarriá, Tratado de Derecho Administrativo General página 255 y ss. de 1961). La Corte lo ha encontrado hasta ahora en el citado artículo 2341 del Código Civil porque como lo ha

dicho repetidamente, este precepto “ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, sean físicas o morales, y el Estado, proceda como ente político o civil debe someterse al derecho (sentencia de marzo 2 de 1948 LXIII, 2057 y 2058, 397), y lo halla hoy, además, en el artículo 16 de la Carta, porque entre los ‘deberes sociales del Estado’ sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes , así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño.

"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, no fue óbice, a la jurisprudencia, guiada particularmente, por la ley de las disposiciones del derecho común, y ahora, así mismo, en el dicho artículo 16 de institucional significado. Porque donde quiera que rija un texto como el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 no faltará la norma que señale al juez el camino de la justicia y del perfeccionamiento de la jurisprudencia”, (Diario Jurídico, Año X, Volumen XII. Número 593 octubre 6 de 1962).

La importancia de la sentencia anterior estriba en el acopio ordenado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde el siglo pasado, sobre las diversas teorías, sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, su análisis crítico y el esfuerzo por encontrar como base definitiva de la responsabilidad estatal, la falla del servicio, aunque, como se ve, no logro emanciparse totalmente de las normas positivas del Código Civil, quizás, por un temor, para entonces persistente, de dar por suficientes las disposiciones de la Constitución Política, para todos los efectos.

B) La jurisprudencia del Consejo de Estado

Más, el Consejo de Estado, desde 1947, había analizado extensamente la responsabilidad del Estado, por **hechos u operaciones administrativas, haciendo** clara diferencia entre las vías de hecho y la **operación administrativa** analizando profundamente la **responsabilidad sin falta u objetiva, frente al daño especial:**

Dijo:

“1º Vías de hecho. Operación administrativa. La responsabilidad del Estado. El daño especial”.

“ Es preciso ahora fijar el verdadero sentido de esta expresión, esto es, lo que debe entenderse comprendido dentro de ella, admitida como esta en el lenguaje jurídico, tanto más cuanto que quizás no existe texto legal que la defina. Habrá de recurrirse entonces a la opinión de los autores, así nacionales como extranjeros,

especialmente a los invocados por el actor y por el señor Fiscal en el proceso.

“Según Hariou, citado por ambos y transcrito por el ultimo:

“ “ No hay operación administrativa sino en el ejercicio de un derecho que ha sido reglamentado en provecho de la administración, con empleo del procedimiento correspondiente” “.

“ “ La sanción de este principio consiste en lo que se llama la vida de hecho, es decir que:

“”1º La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder, si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado.

" "2º La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder si usa un derecho que posee realmente, pero sin observar los procedimientos que le son Impuestos, protectores de los intereses de terceros.

" "En ambas hipótesis, la víctima de la vía de hecho o de la usurpación de poder, puede demandar ante los Tribunales judiciales la reparación del daño que le ha sido causado, y ésto, bien en contra del agente, bien en contra de la administración misma; los tribunales judiciales son competentes precisamente por hallarse en presencia de un asunto de derecho común y no de una operación administrativa.

"Ejemplos de vías de hecho. Volvamos a las dos especies de vías de hecho por, falta de derecho y procedimiento:

“1º Vía de hecho por falta de derecho. Fuera del derecho de expropiación y del derecho de requisición militar, la administración no tiene poder alguno para apoderarse de una cosa perteneciente a un particular, especialmente del derecho de confiscación y no tiene el derecho de imponer a los ciudadanos el trabajo personal, obligatorio y gratuito, fuera del reclutamiento militar y de las prestaciones, vecinales. No tiene el derecho de mantenerse prisión, a un ciudadano sin juicio, por medida de policía, ni el de expulsar de Francia a un francés por una medida administrativa, etc. ni el de proceder a un embargo administrativo.

“ “2 Vía de hecho por falta de procedimiento. De otro lado, para ejercer los poderes de la administración, el Poder Público está obligado a observar los procedimientos consagrados y si ejerce poderes, aún legales, fuera de todo

procedimiento o con procedimientos que no son los pertinentes, es como si obrara en absoluto sin poderes.

" Tanto en un caso como en el otro, sea qué haya operación fuera de los poderes o fuera de los procedimientos, el acto del Poder Público, debe ser calificado como vía de hecho ya que no es administrativo.

" "La autoridad judicial es competente entonces para reparar el derecho y acordar las indemnizaciones, si hay lugar a ello, y aún para citar por pronta providencia, el cumplimiento de una vía de hecho (Jurs. Tri. Cfl).

"La vía de hecho por falta de procedimiento existe en dos series de caos:

"1. Si el acto ha sido cumplido por un agente que no tenía delegación regular del Poder Público, como en el caso del empresario de trabajos públicos que se apodera de un terreno con miras a una ocupación temporal, sin autorización del Prefecto. 2. Si el acto, aunque cumplido por un agente administrativo con delegación regular, está fuera de los procedimientos legales de la administración, por ejemplo, si un empresario de trabajos públicos departamentales empezara a construir sobre la plaza pública de un municipio, sin previo acuerdo amigable entre las dos administraciones, o sin que hubiera juicio de expropiación correspondiente. Por ejemplo en el caso de un edificio que amenaza ruina, cuya demolición se efectúa sin observancia del procedimiento de la Ley 21 de junio de 1898. No es suficiente que haya habido una irregularidad, una omisión en el procedimiento, es necesario una ausencia completa de procedimiento.

"Observación. En los casos de vías de hecho, frecuentemente habrá hecho personal del funcionario, pero la responsabilidad de éste no es obstáculo para que el interesado reclame directamente de la administración el restablecimiento de su derecho.

"Por otra parte, la vía de hecho no debe confundirse con el hecho del servicio, perjuicio causado por una falta en el servicio administrativo, que da lugar a reclamación ante los tribunales administrativos y no es un hecho de servicio la vía de hecho, por que está absolutamente por fuera de los poderes de la administración o de sus procedimientos" y por consiguiente por fuera de a ejecución de los servicios. La vía de hecho tampoco debe ser confundida con el acto tachado de exceso de poder; un acto tachado de exceso de poder no permanece por ello menos administrativa. Conviene anotar que la vía de hecho por falta de derecho confirma con el exceso de poder por incompetencia, pero aquélla es una incompetencia que va hasta la usurpación de poder; allí no hay apariencia alguna de competencia, así mismo, la vía de hecho por falta de procedimiento colinda con el exceso de poder por violación de las formalidades que ya hasta la ausencia total de ellas".

"Para Desgranges, citado por el actor, analizado por el Consejero doctor Hernández Rodríguez al finalizar sus salvedades aclarativas a las partes motiva del auto que admitió la demanda y transcrito por el señor Fiscal la vía de hecho se define así:

""Acción material, o decisión ejecutoria inexistente, consumada sin poder, sea porque el autor no es un agente administrativo, sea porque le está prohibida a la administración en ausencia de actos o hechos legalmente indispensables para que tenga naturaleza administrativa" "

" "Según Moreay también invocado por el apoderado del demandante y por el Fiscal, existe la vía de hecho: "Por una parte cuando la administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra parte la administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto". "

"También el autor nacional, doctor Carlos H. Pareja, en su curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico, se expresa así al respecto:

" "Hay vía de hecho en lo administrativo cuando el funcionario procede a ejecutar una medida mediante la acción directa, es decir, sin estar autorizado para ello o en cumplimiento de un acto por sí mismo inexistente, y sin llenar las formalidades legales. La vía de hecho puede pues definirse diciendo que es el acto cuasidelictual de una autoridad, ejecutado sin competencia y sin formalidad legal, en perjuicio de terceros. Ejemplos de la vía de hecho: el acto de privación de la libertad de un individuo sin fórmula de juicio, por autoridad incompetente para efectuarla; la expropiación de la propiedad privada sin previa declaración de utilidad pública y por agentes no capacitados para expropiar; la suspensión arbitraria de un periódico; la invasión sin fórmula de juicio de una propiedad privada por un agente administrativo encargado de ejecutar una obra pública inmediata; el decomiso por funcionarios no pertenecientes al ramo de higiene, de una existencia de productos farmacéuticos no tachados de vicio alguno; la destrucción de un edificio, en el supuesto de que amenaza ruina, por la autoridad administrativa, sin la previa formalidad legal; y en general, la ejecución de cualquier acto administrativo de los que ya hemos llamado inexistentes, o el resultado de un abuso de autoridad, etc." "

"El señor Fiscal de la corporación, luego de hacer transcripciones y citas de los renombrados autores y de otros, endereza sus alegaciones hacia un severo y bien meditado análisis jurídico, tendiente a fijar el concepto de vía de hecho, para demostrar que en el caso de autos no la hubo; y enseguida explica todas las circunstancias que militaron para que la Policía Nacional obrara como lo hizo, justificando sus actuaciones y procedimientos, para concluir que no es el Consejo de Estado a quien compete el conocimiento del negocio, pues que, en su concepto, apenas puede derivarse para el Gobierno que dictó las medidas

generadoras de tales actuaciones, una responsabilidad política.

"En cuanto a la opinión de que no hubo vía de hecho, en el fondo la comparte el consejo por las siguientes razones:

"Como se ha visto, los tratadistas opinan únicamente que la vía de hecho se configura y caracteriza por dos elementos especiales: por una parte, cuando la administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga por otra, criando la administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto.

"Ahora bien; siendo así que el Gobierno, en el evento que se estudia hizo uso, al dictar las medidas previstas en los decretos atrás insertos, de las facultades constitucionales de que estaba investido, frente a la conmoción interior originada por el golpe de Busto, y que el Director General de la Policía Nacional, a su turno, obró dentro de las atribuciones conferidas por quien a la sazón presidía el Estado, y mediante procedimiento que a falta de normas preexistentes que lo consagraran específicamente juzgó más adecuado para llenar su delicada misión, obteniendo además, la protección de la empresa del demandante, no puede atribuírsele esas actuaciones el calificativo de vía de hecho, que supone arbitrariedad. Tanto más, cuando al decir de la Corte Suprema de Justicia (auto de septiembre 26 de 1889 citado por el Fiscal), "a la Policía está sujeta toda clase de personas; ella lo abarca todo, procede sumariamente y se separa de las fórmulas comunes de enjuiciamiento, especialmente cuando procede de una manera preventiva, porque si así no fuera, su misión no sólo sería ineficaz y tardía, sino inútil y hasta ridícula.

"De otro lado, siguiendo al tratadista Hauriou, a la vía de hecho se opone precisamente la operación administrativa, que consiste en el ejercicio de un derecho que ha sido reglamentado en provecho de la administración, con empleo del procedimiento correspondiente. Y si la sanción -entiéndase lo contrario-, de este principio es la vía de hecho, conclúyese, necesariamente, que los dos fenómenos se excluyen entre sí, no pueden coexistir, y que aquí se trata, por tanto, de una operación administrativa, más no de una vía de hecho.

"El citado autor, como se vió de lo antes transcrito. Llega lógicamente a conclusiones sobre competencia, atribuyéndola a los tribunales ordinarios, fundada seguramente en la legislación y jurisprudencia francesa.. Que conducen a las otras consecuencias jurídicas por él anotadas, cuando se está en presencia de una vía de hecho. Pero lo cierto, lo evidente, es que la legislación colombiana consagra en la materia principios diferentes como enseguida, se verá.

"Partiendo del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, y pasando por el 51, que consagran principios generales sobre competencia, se llega al 67 de la misma obra, según el cual 'la persona que se crea lesionada en un derecho

suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho': y finalmente, en el mismo orden de ideas y como señalando progreso a las instituciones nacionales, frente a los derechos de terceros, preceptúa el artículo 68: 'También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación de un hecho o una operación administrativa (subraya el Consejo) Es decir, que al paso que en Francia a juzgar por lo que se deja estudiado solo puede haber acción si concurre vía de hecho o usurpación o desvío de poder, fenómenos contrarios a la operación, administrativa en Colombia expresamente se concede la de restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación (Quizás más propiamente perjuicios) es un simple hecho o una operación administrativa

"Es que Colombia no puede seguir atada, en forma inseparable e indisoluble a instituciones jurídicas y a las jurisprudencias extranjeras. Bien está que en presencia de normas similares en el fondo, o de temas comunes a la vida social de todos los pueblos civilizados. se aprovechen las enseñanzas de eminentes autores. Pero los países tienen por múltiples factores de variado linaje, sus características propias, su filosofía distinta, que justifican una legislación compasada con la estructura que les es peculiar. Y esta Nación, en el caso concreto que examina, como en muchos otros, ha reaccionado contra la tradición foránea, adoptando instituciones legales de auténtico avance y originalidad, compatibles con su índole nítidamente Civil, principalmente cuando de respeto de terceros se trata. No quiere que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio, según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual u objetivo, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne, Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor.

"A propósito del ejemplar principio recién anunciado de la supremacía social frente al derecho particular, existen en Colombia diversas aplicaciones, tanto para el tiempo normal como para el estado de turbación 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 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 e interés social por sobre los derechos de los 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 artículo 33 de la Constitución (30 de la Codificación de 1936 y 33 de la de 1886) preceptúa que en caso de guerra y solo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan 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 las necesidades de aquélla 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 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 prescrito el daño sin reparación, pues solo 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.

"En este orden, de ideas, ya puede traerse el siguiente ejemplo: si Pedro es dueño de un edificio que le produce renta, y en estado de guerra o turbación del orden público, para proveer a su restablecimiento o atender a las necesidades de aquella, le es ocupado como dice la Constitución, verbigracia para cuartel, terminada la situación de emergencia, o cuando cese la ocupación, habrá de ser indemnizado, si no ha precedido la imposición de una pena pecuniaria consistente en: la privación de los productos en beneficio del estado. Y este evento sí guarda notoria similitud con el de autos, porque si por activa las cosas son así, por pasiva también los serán. En ambos casos se han dejado de percibir los rendimientos.

"Todo lo anterior conduce a la conclusión de que el derecho de obrar no excluye la indemnización".

2. Dijo, la misma sentencia, sobre la responsabilidad sin falta.

"Deliberadamente no se hicieron estas en el capítulo sobre vía de hecho en el cual solo se enunció parte de la doctrina aquí sostenida, con el fin de que quedara bien clara inmediatamente antes de la parte resolutive de este fallo, la interpretación que racionalmente debe dársele al artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el 67 ibídem. Este consagra la acción de nulidad del acto y del restablecimiento del derecho para la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, y el 68 preceptúa: 'También (subraya el Consejo) puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho, o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes'.

"Pues bien: ya quedó estudiado con los tratadistas lo que se entiende por vía de hecho, esto es, que existe cuando la administración, ejercita un pretendido derecho que la ley no le otorga, o cuando obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto, es decir, quebrantando las formas preestablecidas. Y quedó claro también que la operación administrativa es el ejercicio de un derecho reglamentado en provecho de la administración. Por consiguiente, cuando hay operación administrativa no puede haber vía de hecho puesto que los dos fenómenos chocan, se oponen entre sí: el primero es legítimo, plausible; el segundo, arbitrario y hasta violento, y por lo mismo, censurable. Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que es lo que ley colombiana ha querido, a diferencia de otras legislaciones que solo conceden acción cuando el perjuicio proviene de una vía de hecho. Ahora se explica por qué el artículo 68 en estudio debe entenderse en el sentido de que cuando expresa 'causa de la violación', quiso decir 'causa del perjuicio'.

"Pero si lo anterior no fuera suficiente, analícese el significado de causa en las acepciones pertinentes: 'Lo que se considera como fundamento u origen de algo - dice el Diccionario de la Academia - motivo o razón para obrar. Causa impulsiva: razón o motivo que inclina a hacer alguna cosa', por tanto, la causa tiene que preceder inmediatamente al efecto, y entonces la de una violación no es sino subjetiva, una operación psicológica que se desarrolla, que pertenece al fuero interno del agente, que le impulsa a obrar; es la concepción de una idea que quiere poner en práctica, movido en su espíritu por sentimientos o pasiones buenas o malas. En cambio, la causa de un perjuicio es el hecho que la precede inmediatamente, es la operación ya realizada como consecuencia de la idea concebida. Esta causa es, pues, objetiva. De donde se infiere que, en el presente caso, el hecho u operación administrativa son causa del perjuicio, no de la violación, y esto es lo que la ley, en sano entendimiento, establece.

"Empero, a lo anterior no puede dársele un alcance absoluto, es decir, que siempre que por actos, hechos u operaciones de la administración se cause perjuicios a terceros, la respectiva entidad de derecho público está obligada a la indemnización correspondiente. No. El Gobierno bien puede, por, ejemplo, aun en tiempo de paz, pero habiendo grandes motivos para temer perturbaciones del orden público, disponer, previos los dictámenes y con las formalidades constitucionales, hasta que sean aprehendidas las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública, caso en el cual estas no podrían pretender siquiera reclamación alguna. En cambio, si obra sin existir fundamento idóneo y se lesiona el patrimonio ajeno, habrá lugar a indemnizar. Lo primero sucede cuando, como en el evento de autos, según se estudió en el

capítulo sobre 'la culpa concurrente', a moción del señor Fiscal, que la expuso en brillante forma como defensa de la Nación, aún existiendo motivos para obrar, la administración o los funcionarios tuvieron oportunidades anteriores para reprimir los errores de conducta por los medios legales ordinarios, y no hicieron uso de ellos.

"Innumerables serían los ejemplos que pudieran aducirse, tanto de los casos en que la reparación procede jurídicamente, como de aquellos en que no tiene justificación ninguna ante el derecho. Por eso corresponde a la jurisprudencia desatar tan delicada cuestión, frente a cada problema concreto, con un criterio de justicia y equidad.

"Para ilustrar las conclusiones a que se llega en el presente proceso, acaso el primero con las características ya ampliamente expuestas, que corresponde al Consejo decidir dentro de la nueva legislación contencioso administrativa es oportuno traer aquí algunos conceptos extractados de la obra sobre 'Derecho Administrativo del conocido tratadista Carlos García Oviedo, principalmente en cuanto se refiere a 'la responsabilidad de la administración pública!, y dentro de ella a la 'responsabilidad sin falta' y al 'daño especial' puntos relacionados con el caso materia de este estudio (1927, Pág. 433 Y siguientes).

"La responsabilidad sin falta –dice- se plantea siempre que en la gestión de esos servicios produce el Estado a un particular un daño y le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal. Verbigracia, el Tratado para la ejecución de una obra expropia un inmueble de propiedad particular, ocupa ciertos terrenos, perjudica una finca, desvía unas aguas de que nos aprovechamos, nos impone una prestación; o por motivo de instrucción militar cause daño en nuestra propiedad, etc. De la responsabilidad del funcionario que obró no hay que hablar, pues ajustó su conducta a la ley. Pero ¿y el Estado? ¿Deberá responder de estos daños?

"Algunos autores juzgan impropio, hablar en estos casos de responsabilidad. Tal ocurre con Pressutti, quien estima que únicamente puede hablarse de responsabilidad cuando hay acto ilícito. Pero en la hipótesis que consideramos no acontece así. El Estado ha obrado con sujeción a la ley. El funcionario no ha cometido extralimitación. Debe hablarse, por tanto, no de responsabilidad sino de obligación de indemnizar.

"Sin embargo, responsabilidad es un concepto más amplio del que Pressutti le asigna. Responder significa cargar, echar con las consecuencias de un acto, y dado este amplio sentido es correcto el empleo del término tradicional. En definitiva la cosa carece de importancia.

"Para la resolución de este problema se ha invocado hasta tiempos recientes la clasificación de los actos administrativos en de autoridad y de gestión. Proclamábase la irresponsabilidad del Estado en los primeros por virtud del

concepto y exigencias de la soberanía, y se aceptaba la responsabilidad en los segundos por motivos opuestos.

"Hoy día se acepta la responsabilidad del Estado en la generalidad de sus actos, sin la distinción indicada; ¿pero en virtud de qué principio?"

"Para ciertos tratadistas, el Estado responde de los daños inferidos a un particular en la ejecución de sus servicios, por virtud de la doctrina del enriquecimiento indebido. Es regla la de que nadie debe enriquecerse a expensas de los demás. Desde el Derecho Romano persiste este principio con tradición constante. La sanción de su regla es la acción **in remverso**. Más este deber de indemnizar solo existe cuando el enriquecimiento se verifica con detrimento ajeno (con alterius detrimento). Fue el criterio primitivo de Hauriou. La administración, para sus servicios toca la fortuna privada y acrecienta su patrimonio. No es justo que se enriquezca a expensas del particular. De aquí el deber de indemnizarle".

"Después de justificar la indemnización cuándo el Estado detrae para sus empresas parte del patrimonio particular, aumentando el propio, anota que es múltiple la serie de casos en que el daño se produce sin enriquecimiento para la administración, 'verbigracia, acantonamiento de reses o suspensión de ferias o mercados por motivos sanitarios, demolición de fincas ruinosas, destrucción de objetos peligrosos para la salud, etc.'.

"Y continúa así el prenombrado autor:.. 'Los ejemplos señalados restan prestigio a la teoría del enriquecimiento, Jascón Marín escribe con verdadera intuición. 'Lo cierto es que no todos los casos de indemnización pueden asimilarse; en unos se advierte claramente, como sucede en los de obras públicas, que si el Estado no indemnizara, se enriquecería sin causa, en perjuicio del derecho de propiedad de ciertos particulares y con beneficio de la colectividad; en otros, por el contrario, no aparece tal idea, sino simplemente la de salirse de lo corriente del orden establecido, la carga soportada por determinado individuo (subraya el Consejo).

"Previa la cita de este tratadista, prosigue el autor García Oviedo:

"Domina actualmente como mejor criterio el de daño especial. Parte esta teoría del gran principio básico del derecho público moderno, de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. En tanto que un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero el deber de indemnizar aparece desde el instante en que se produce una carga especial".

"Aquí cita el autor a muchos otros como Teissiere, Mayer, Tirard, Jezze Michaud, Romano y las obras en las cuales han sostenido brillantemente es su expresión -la idea del daño especial; pero además, reproduce la manera como dos

de ellos -Teissiere y Michaud - la han formulado. El primero, en estas dos proposiciones que recíprocamente se limitan: De una parte, dice, ningún ciudadano debe sufrir otras cargas que las impuestas a los demás en interés social. 'De otra, las necesidades de la vida colectiva exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular de la potencia pública a menos que el legislador no disponga otra cosa'. Y el segundo dice: 'El daño producido por la administración -escribe- no da lugar a reparación sino en el caso en que es anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La administración tiene el derecho de imponer este sacrificio especial -como gestora suprema del interés público pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas".

"Hechas las anteriores citas y transcripciones, continúa el autor: 'Tratase, pues, de un principio justo que parte, en las colisiones de intereses, del predominio del interés colectivo, predominio que autoriza a la administración a imponer a un ciudadano un sacrificio especial, limitado por la regla de justicia de que la colectividad temple este rigor compensando al particular el daño por este recibido. Esta teoría es superior a la del enriquecimiento sin causa, por ser más comprensiva. Puede asegurarse, que en todos los casos en que se produce un enriquecimiento, se padece igualmente un daño especial, más no el contrario, a menos que al concepto del enriquecimiento se le de una significación amplísima, entendiéndose por tal todo aumento de bienestar público y no concretamente de patrimonio administrativo, como sabiamente lo estima la doctrina corriente.

"Sentados estos principios -concluye García Oviedo- procedemos a su desenvolvimiento.

"Daño especial no significa daño considerable. El Ciudadano que cumple el deber militar sufre una carga importante, más por pesar sobre todos los ciudadanos no le produce un daño especial. Por esta circunstancia el servicio militar no origina indemnización.

"No procede indemnización tampoco en los casos de daños cotidianos que sufrimos como resultado cotidiano de la vida colectiva. (Ejemplo: un comerciante que por reparación en la calle donde tiene instalado su negocio ve disminuidas sus ventas).

"Tampoco finalmente, cuando el daño no menoscaba el derecho tal como está concebido y reglamentado por la ley esto es con limitaciones impuestas por razón de policía (saneamiento de un terreno, demolición de un edificio ruinoso, etc.).

"Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías de derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la

responsabilidad sin falta a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio.

"Ahora bien: al aplicar tales doctrina jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario 'El Siglo', ni mucho menos con detrimento de esta empresa; y, en cambio, acogerse a la del daño especial, en armonía con la de la responsabilidad sin falta.

"En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de tratamiento excepcional. Lo primero, porque no se le nombró censor, a tiempo que a los demás órganos de prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y éste rodeado de una escolta de la Policía Nacional que impedía la entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosas hasta después de la diligencia de inspección ocular extra juicio, colocó al prenombrado diario en situación excepcional".

3. Y sobre el mismo tema de la responsabilidad sin falta, dijo el interesante Salvamento de Voto del Consejero doctor Jorge Lamus Girón, quien se apartó de la providencia anterior.

"Por último, creo que es necesario establecer limitaciones tutelares al principio de la responsabilidad, sin falta de la administración, pues la única condición de que el daño sea especial, acogida en la sentencia, aunque no tengan en cuenta los conceptos del distinguido expositor García Oviedo, no llenan el fin perseguido por la doctrina en estos casos.

"En efecto: El principio general de indemnización para todos los perjuicios causados sin falta por la administración, bajo la única condición de que el perjuicio sea anormal en relación con el equilibrio general de las cargas públicas, en tanto que ellos pesen igualmente sobre los administrados, lo que equivale a la consagración de la teoría del riesgo social, como dice Hauriou, es, como toda teoría, la explicación o la razón de ser que el autor le da a ella, pero no la consagración de la verdad absoluta, y por lo tanto, al acogerla como la que está más de acuerdo con nuestro modo de pensar, o con el adelanto general o especial de la legislación, debe hacerse con la prudente reserva que conviene a los administradores de justicia en Colombia, los que no pueden querer, por imitación,

trasladar entre nosotros los sistemas foráneos de interpretación pretoriana, porque ellos son extraños a nuestros antecedentes y organización y al carácter firmemente progresista de nuestra legislación, al contrario de lo que pasa en países como en Francia, en donde es a la jurisprudencia contencioso administrativa y no a la ley a la que, se debe no solo el progreso del derecho administrativo sino la aplicación de las más modernas teorías. Y lo mismo puede decirse de toda otra teoría, pues para fundar las responsabilidades del Estado, son varias las teorías que se han ensayado en el particular.

"Tampoco hay que olvidar, al acoger una teoría, que ella debe acogerse en su integridad, o teniendo en cuenta siquiera los antecedentes que han precedido a su elaboración, pues se corre el peligro, al no hacerlo así, de que ella no guarde consonancia y armonía con los antecedentes legislativos y de organización que rigen y obligan en nuestra patria.

"Por ello es por lo que hubiera querido, ya que se llegó en este caso a decretar indemnizaciones, por perjuicios causados sin falta, que se dijera que esta teoría no se acoge como principio general, sino que ella se admite solo en ciertos casos, como lo tienen dicho los expositores y la jurisprudencia, y qué se estableciera de una vez, como condición, no solo la dicha y el que con el funcionamiento y organización del servicio público se ocasione una carga excepcional o un perjuicio particular, sino que haya relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y el perjuicio del particular. Y esto no es de mi invención, sino que Duigít lo enseña y predica como condición esencial de la responsabilidad sin falta; y en el caso de autos hubiera servido para absolver a la Nación, porque como lo demostramos antes, la clausura y suspensión de 'El Siglo', no tuvo por causa actividades de la administración, y por lo tanto no fué debido al funcionamiento del servicio público sino a omisiones de los reclamantes.

"Por lo demás, expositores de derecho administrativo tan avanzados y, modernos como Hauriou, al comentar la resolución dada por el Consejo de Estado Francés al asunto de Cuitéas de 10 de noviembre de 1923, en donde admitió la responsabilidad de la administración independientemente de toda idea de falta, dice que no se debe tomar esa decisión como una consagración del principio general de la responsabilidad sin falta, sino que después de un largo examen, se debe ella interpretar restrictivamente, pues en realidad la proclamación de dos principios de los cuales el uno sirve para limitar al otro: primero, sin duda, la indemnización por perjuicio anormal causado sin falta; pero enseguida, y como segunda condición, agregar a la del carácter anormal del perjuicio, el hecho de que, si este es causado sin falta, es porque, visto el caso, la administración está a cubierto por la excusa de la legítima defensa del Estado. y por ello afirma que: la legítima defensa del Estado llega a ser la condición de la indemnización tanto como el carácter anormal del perjuicio, pues con la exigencia de este doble criterio se salvan muchas de las consecuencias inadmisibles a las que se llegaría necesariamente si solo se tiene en cuenta uno sólo de esos elementos, el de

carácter anormal del perjuicio, o el daño especial, como se le clasifica en la sentencia.

"También en nuestro caso se llegó a que no había falta de servicio ni exceso de poder, y se condenó, a mi modo de ver sin razón también, por olvido de que las reglas ordinarias del derecho y de la jurisprudencia y de las garantías de las libertades públicas han sido establecidas para los tiempos normales, pero que hay tiempos anormales, en los que sería insensato aplicar las, y las autoridades de policía no pueden estar atacadas de locura. Si las cargas o restricciones que en la resolución del Director de la Policía le impusieron a la libertad de prensa, lo fueron por las circunstancias anormales, y de otra parte cayeron normalmente sobre todos los particulares, no hay razón para hacer soportar a la colectividad, que a eso equivale la condena a la Nación por los resultados de una conducta juzgada y hallada ajustada a la ley, y a las circunstancias y que, no gravó de manera especial o excepcional al periódico reclamante.

"También hubiera querido, ya que la responsabilidad del Estado, por los daños causados sin falta por el carácter anormal del perjuicio, se justifica porque viola el principio de la igualdad ante la ley, que se explicara si esa igualdad es la de derecho o la de hecho económica. Pues aunque con la primera se abre inmenso campo a las indemnizaciones, con la segunda se subordinarán a la obligación de indemnizar todas las medidas, especialmente las higiénicas y sociales, por la única razón de que ellas no tocarían sino a ciertos ciudadanos; y no se debe olvidar, como dijo alguien que la igualdad de los hombres no existe sino en el plan político de la aplicación de las leyes, igualdad de derechos y de oportunidades, no de hechos; y no debe confundirse tampoco con la igualdad ante el impuesto, que es también una aplicación particular del principio de igualdad ante la ley.

"El objeto, como se ve, de las acotaciones de este capítulo de mi salvamento, tienden a mostrar rápidamente los peligros de una jurisprudencia que abre la puerta, imprudentemente, a inmensas indemnizaciones, por no habérsela limitado al caso de autos, o a la categoría general más cercana, haciendo de ella 'un caso más en una vía excepcional y en una hipótesis determinada', como el único alcance que se le debe dar a la anterior sentencia, a fin de tutelar también el normal desarrollo de los servicios públicos y evitar la parálisis de la administración; y en fin, porque quiero dejar constancia de acuerdo con los principios que el patrimonio colectivo sólo debe soportar definitivamente la carga de los perjuicios, cuando estos tengan con las actividades de la administración la misma relación que el efecto con la causa, y que ellos ocasionen cargas excepcionales, o perjuicios particulares, distintos, naturalmente, de los que pueden causar el ejercicio normal, regular y con efectos generales del poder público".

(Consejo de Estado, sentencia de julio 29 de 1947, actor: El Siglo S. A. Anales del Consejo de Estado. Tomo LVI. Números, 357-361, páginas 448 y ss. Ponente: doctor Gustavo A. Valbuena).

Aparece, pues, consagrada la responsabilidad del Estado, por los hechos y las operaciones administrativas, jurisprudencialmente, en forma que no podrá encontrar fundamentos en el Código Civil, sino que ellos surgen, para el Consejo de Estado, por interpretación del Código Contencioso Administrativo y de las normas tutelares de la Constitución Política, 15 años antes de que la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia mar la responsabilidad estatal en cánones distintos de los contenidos en el Código Civil.

4. Y, por el camino de ir precisando las bases jurídicas de la responsabilidad estatal, con miras a configurar una teoría estrictamente de Derecho Público, resulta interesante el criterio expuesto por esta, corporación, en sentencia de septiembre 30 de 1960, Esther Wolff de Posada, contra la Nación, Anales del Consejo de Estado, Tomo LXIII números 392 a 396, páginas 728 y siguientes. Ponente: doctor Francisco Eladio Gómez:

"Estima el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado en tacto en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz - de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el Derecho Civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto, el Derecho Civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos; y las personas que se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio, el Derecho Administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas; y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines. Desde luego conviene anotar que frecuentemente se desatan las controversias originadas de la responsabilidad del Estado con fundamento en principios y disposiciones del Derecho Civil debido principalmente a que los dos derechos antes nombrados no pueden mirarse como opuestos ya que en muchos casos no aparece muy claramente definida la línea de separación entre ellos. Estas circunstancias unidas al desconocimiento o conocimiento incompleto, de los principios sobre los cuales descansa el Derecho Administrativo dieron lugar a que prevaleciera hasta hace poco el criterio puramente civilista para deducir las responsabilidades de las entidades de Derecho Público.

"Sobre este particular se expresa así la honorable Corte:

"El criterio del derecho civil ha prestado en Colombia invaluable servicios a la jurisprudencia para hacer efectiva la responsabilidad de la administración por el daño causado a terceros por faltas de los funcionarios en la prestación de los servicios públicos. Nuestra doctrina, sin hacer la distinción formulada en otras partes, entre el daño individual según provenga de actos de gestión privada del Estado sobre un patrimonio y actos de gestión sobre los servicios públicos, ha admitido de manera general la responsabilidad del Estado, tratándose de gestión pública o de gestión privada con el auxilio del criterio del Derecho Civil. Con lo cual entre nosotros, todo daño concreto causado por la administración, excepto cuando obra como poder público soberano, ha podido ser indemnizado, mediante acciones de responsabilidad y sin recurrir a la doctrina administrativa'.

"La misma Corte, basada en autorizados conceptos de eminentes tratadistas de Derecho hace ver las deficiencias del criterio civilista en la materia que se viene estudiando al exponer:

"La teoría del Derecho Administrativo de la responsabilidad del Estado por las llamadas faltas de servicio se originó de que entre los antiguos doctrinantes se sostuvo el sistema regalano, según el cual solo los actos de gestión privada del Estado son susceptibles de comprometer su responsabilidad, por aplicación de los principios del Derecho Civil como a otra persona moral cualquiera. Pero decíase que el Estado soberano, precisamente por serlo no podía ser demandado para responder de los perjuicios ocasionados por la gestión administrativa de los servicios públicos. Contra esta escuela reaccionaron muchos y muy prestigiosos tratadistas que consideraron que el Estado, supremo definidor del Derecho está sometido a la ley moral. . .

"Se dice que la generalización del criterio del Derecho Civil para juzgar todos los actos de responsabilidad del Estado, por faltas de los funcionarios es deficiente; porque la existencia del empleado es un hecho ineludible para la administración; y dado el modo en que conforme a los reglamentos legales se hace su nominación, es imposible acusar al Estado de falta de diligencia y cuidado en la designación de sus funcionarios. El empleado no es un mandatario de la administración al modo del subalterno de una persona natural o moral de derecho privado. De consiguiente, para muchos resulta un tanto ficticio e irreal deducir la responsabilidad del Estado por vía indirecta, asimilándola a la persona que tuvo libertad para; elegir al subalterno, por lo cual se exige de ella la debida previsión y cuidado en el nombramiento y luego estricta vigilancia sobre la manera como el dependiente cumpla sus funciones'.

"Tildase así de inexacta la presunción de culpa a cargo del administrador por falta de vigilancia o mala elección, fundada en las normas pertinentes del Código Civil.

"Hauriou explica que los agentes de la administración en el funcionamiento de los servicios públicos no son mandatarios de la Nación. Niega que en tal evento

pueda aplicarse la doctrina del mandato y la responsabilidad del mandante por actos del mandatario. Trátase de órganos, y estos obligan directamente a la persona administrativa, aún los cuasidelitos, si obran dentro de los límites de sus funciones'.

" 'Los hermanos Henri y León Mazzeaud aceptan con entusiasmo estas ideas de Hauriou, y agregan que en verdad el agente no es un mandatario o comisionado de la administración sino un órgano de la persona moral pública.

" 'El mismo Hauriou establece la distinción entre el hecho personal del funcionario caracterizado por la voluntad clara de no obrar conforme al servicio, y 'la falta de servicio', o sea aquellas faltas corrientes de errores, negligencias u omisiones que están en las costumbres del servicio e imputables más a las autoridades que lo dirigen que a los agentes subalternos que han, cometido materialmente el hecho'.

“Para que el Estado sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto administrativo y que el hecho ilícito se realicen en función directa con la prestación del servicio. Si por el contrario, el empleado ha utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto, de los que pueden considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración.

" 'La doctrina de derecho público de la responsabilidad de la administración por la realización de los servicios públicos, no parte como en el Código Civil de la necesaria existencia de un hecho delictuoso o cuasidelictuoso, generado en la culpa probada o presunta del responsable, sino que tiene en cuenta únicamente la existencia de perjuicios individuales por actos administrativos, distintos naturalmente de los que a los particulares puede causar el, ejercicio normal, regular y con efectos generales del Poder Público'. (G. J. Número 1977, Págs. 116 y 117).

"La creciente multiplicidad y extensión de los servicios públicos; los daños que sufren los particulares con la organización y funcionamiento deficientes de estos; los principios de equidad y justicia que deben regular todas las relaciones jurídicas; y la consiguiente igualdad de cargas que deben soportar los miembros de la sociedad civil, justifican ampliamente la llamada teoría de 'falta del servicio', creada por la jurisprudencia y aplicable en los eventos de responsabilidad extracontractual del Estado. Esta doctrina es distinta de la del 'riesgo' y de la, de 'los daños por trabajos públicos'. Según la primera, del daño causado responde quien ha creado el peligro; y por la segunda si de la ejecución de trabajos públicos resultan daños en los inmuebles, la administración responde de ellos sin que el demandante tenga que probar la, existencia de la culpa, descuido o negligencia para obtener la correspondiente indemnización. Esta última teoría se encuentra expresamente consagrada entre nosotros en el Capítulo XXIII de la Ley 167 de

1941.

“

.....
.....
"Dadas las anteriores consideraciones sobre la comprobación de los elementos integrantes de la responsabilidad civil extracontractual, si el problema debatido fuera a resolverse con un criterio puramente civilista, la condenación del Estado se impondría para lograr así el restablecimiento del equilibrio jurídico roto por este en detrimento de la parte demandante,

"Pero este criterio civilista que le prestó grandes servicios a la jurisprudencia en la solución de los problemas originados de las faltas cometidas por los funcionarios en la prestación de los servicios públicos cuando ellas incidían en el patrimonio privado fué abandonado por haberse fundado el concepto de la responsabilidad extracontractual de las entidades de Derecho Público en una ficción o analogía inaceptable a la luz de los principios del Derecho Administrativo.

"Nuestra Corte Suprema de Justicia influenciada por la doctrina francesa acogió en múltiples fallos la concepción civilista de la responsabilidad del Poder Público con base en el artículo 2349 del Código Civil que en su contenido es igual al artículo 1384 del Código Civil Francés, sobre el cual se creó en este país la mencionada teoría defendida por varios tratadistas como Aubry, Rau, Laurent y Planiol. De conformidad con ella, se asimilaba al Estado o a la entidad de Derecho Público al amo, al patrón, al empleador para deducirle una responsabilidad, analogía inaceptable porque traslada inconsultamente a la esfera del Derecho Administrativo una norma reguladora de relaciones jurídicas puramente privadas, ya que, como se sabe, el Código Civil gobierna las relaciones patrimoniales entre las personas privadas, y al catalogar el artículo 1494 la culpa como causa de obligaciones, se refirió exclusivamente a las vinculaciones de índole particular.

"El criterio civilista de la responsabilidad del Poder Público que supone una culpa indirecta en el doméstico, en el empleado, en el agente, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1384 del Código Civil Francés, igual al artículo 2349 del nuestro fué abandonado después de las severas críticas formuladas por los tratadistas de Derecho Administrativo entre las cuales se pueden citar algunas de las expuestas por el profesor Charles Rosseau así:

" 'El funcionamiento defectuoso de un servicio público no implica siempre la falta precisa de un agente designado al efecto, como lo exige el artículo 1384. Hay por tanto casos en que la apelación a ese *texto* no conduce a la indemnización y hay también numerosas veces en que la víctima no puede, establecer la falta de un agente determinado'. Por estos motivos, dice el nombrado profesor que el 'sistema

no era del todo práctico'.

"Desde el punto de vista jurídico, éste sistema aporta una extensión indefensible al artículo 1384. El fuerza en primer término la letra de los textos. El artículo 1384 es una prolongación, una modalidad del artículo 1382 el cual sólo tiene en cuenta el acto del hombre: el hombre es el ciudadano, la persona privada regida por el Derecho Civil, no es la administración, el poder público. Cuando el artículo 1384 enfoca los amos y los patrones, sus domésticos y sus empleados, apenas tiene relaciones de Derecho Civil entre personas privadas, de las cuales una utiliza el concurso de la otra para su servicio y sus negocios personales. Y cuando el Estado y las colectividades descentralizadas apelan a los agentes para gerenciar el servicio público y los asuntos de interés general. La situación jurídica es por tanto diferente".

"Violenta también la intención de los redactores del Código Civil. Para nada sirve invocar, como lo hace a menudo la jurisprudencia judicial, la generalidad de los términos del artículo 1384 y de los siguientes: observación esta que sólo tiene valor en el Derecho Privado".

"Todo el problema está en saber si los redactores del Código Civil quisieron extender éstos artículos a las relaciones de Derecho Público. Si dicha extensión hubiera sido contemplada por ellos habría sido formalmente consagrada. En el curso de sus trabajos los redactores del código expresaron muchas veces su voluntad de establecer únicamente reglas de derecho privado y no de hacerlas aplicables a la administración pública, más que en virtud de disposiciones expresas. Y sería desde luego sorprendente que el Código Civil hubiera querido consagrar implícitamente una responsabilidad del Poder Público en una época en que la irresponsabilidad era un postulado en pleno vigor". Teoría, General de la Responsabilidad del Derecho Administrativo).

"Conviene anotar que la irresponsabilidad absoluta del Estado vigente en la época de la expedición del Código de Napoleón estaba contenida en la fórmula de Laferriere: "La esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna".

"Abandonada la ficción de la responsabilidad indirecta de las entidades de Derecho Público y rechazada la concepción civilista por los motivos ya expresados, en vista del considerable aumento de las posibilidades de daño para los administrados con motivo de la extensión y multiplicación de los servicios públicos se hizo indispensable organizar la responsabilidad del poder público y entonces apareció la teoría denominada "falta del servicio público" la que es invocada en el alegato de conclusión por el distinguido apoderado de la parte demandante como aplicable al caso hoy sometido a estudio. Goza ella de especiales características, tiene diversas fuentes, se diferencia sustancialmente de la teoría del riesgo y consiste ella en el funcionamiento, antitécnico o

defectuoso de un servicio público. Finalmente, conviene observar que la responsabilidad atribuida al poder público es siempre, primaria porque al decir de Charles Roseeau, ella se basa en el servicio público.

"Como esta teoría tampoco es exactamente aplicable al caso contemplado y como una sentencia no es ni puede ser una exposición completa de las distintas teorías, que pueden tener relación con el tema debatido, la Sala habrá de referirse sólo a los puntos que se estimen necesarios para el esclarecimiento del tema controvertido. Se advierte que, en el supuesto de no estar expresamente consagrada en nuestro derecho la teoría llamada "de los daños, por trabajos públicos", dados el defectuoso funcionamiento del servicio público prestado por Adennavi a nombre de la Nación es virtud del contrato celebrado entre ésta y aquélla para la limpieza del cauce del río Magdalena; la naturaleza de los daños causados en la hacienda "El Japón"; el mal funcionamiento del servicio y la relación causal entre los daños y los actos ejecutados para la prestación del servicio, habría que condenar a la Nación, como responsable de los perjuicios cuya indemnización reclama en la demanda la señora Esther Wolff de Posada.

"La teoría "de los daños por trabajos públicos" fue en Francia una creación de la jurisprudencia, pero entre nosotros está expresamente consagrada por la Ley 167 de 1941 en el artículo 261 y siguientes que regulan las indemnizaciones por trabajos públicos. A la luz de esta doctrina, ha de ser estudiado y resuelto el problema planteado en la demanda por el doctor Arturo Tapias Pilonieta, en su calidad de apoderado especial de la poseedora y dueña del inmueble "El Japón".

"En Francia, la teoría de "los daños por trabajos públicos" es una aplicación de la antigua teoría del "riesgo" porque según ella, todo daño implica una reparación, por parte de la administración sin que para lograrse la indemnización sea necesario acudir a la idea de "falta del servicio público" porque frecuentemente los trabajos públicos se ejecutan con prudencia y diligencia observándose las normas aconsejadas por la técnica y a pesar de ello, de tales acciones se originan daños para terceros. La teoría del "riesgo" fue presentada por Ripert y defendida por renombrados tratadistas de Derecho Civil con fundamento en el aforismo: "**Ubi emolumentu, ibi onus**", según el cual quien recibe el provecho, ventaja o utilidad de una actividad debe, soportar la carga o el gravamen que pueda resultar de ella. En otros términos, quién, en el ejercicio de una actividad de la cual deriva provecho o utilidad, causa un daño está obligado a repararlo. Esta teoría ha sido combatida por los hermanos Mazeaud y aunque ha perdido su importancia en virtud de las presunciones de culpa, excepcionalmente se aplica como defensa de los débiles contra los poderosos, vr. gr. en los accidentes de trabajo y en "los daños por trabajos públicos".

"Esta última doctrina ha sido expresamente consagrada entre nosotros como se

dijo por el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, y dentro de ella no se requiere comprobar la existencia de culpa para que la entidad de Derecho Público sea responsable del perjuicio o daño ocasionado por la ejecución de los trabajos públicos, predominando así el criterio objetivo siempre que entre el daño ocasionado y el acto ejecutado exista la relación de causa a efecto.

"Sentadas éstas premisas, conviene saber qué se entiende en Derecho Administrativo por trabajos públicos? Qué definición se ha dado acerca de "daños por trabajos públicos?"

"Louis Rolland, citado por el doctor Tulio Enrique Tascón al comentar el artículo 263 del Código Civil dice:

"La definición de trabajo público es de una extrema importancia, puesto que reglas jurídicas especiales se aplican a los trabajos públicos. Ella sin embargo no ha sido dada por ningún texto y resulta solamente de la jurisprudencia. En el estado actual de esta última he aquí lo que se puede decir: Es trabajo público todo trabajo de construcción, de administración o de conservación de un inmueble ejecutado por cuenta de una persona de derecho público en el interés público. Resulta de allí que varias condiciones son necesarias, pero suficientes, para que haya' trabajo público".

"y continúa el doctor Tascón en su comentario al citado artículo:

"Las condiciones aludidas son: 1. El trabajo público necesariamente debe ser hecho por cuenta de la Nación, los departamentos o los municipios, sin que importe que éstos ejecuten el trabajo por medio de agentes suyos o por intermedio de particulares que las mismas entidades supervigilan y controlan. 2. El trabajo debe recaer sobre la construcción, administración o conservación de un inmueble, no sobre objetos muebles. 3. El manejo y construcción del inmueble debe hacerse con miras al servicio público o de interés social. 4. No se exige una declaración' previa de utilidad pública, pues las tres condiciones antes indicadas son necesarias pero suficientes".

"El código acorde con estos principios, no solamente prevé el caso de que el Estado se adueñe de una zona para la construcción de un ferrocarril, de una carretera, 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: la demolición o ruina de un edificio, destrucción de cercas, privaciones agrícolas, extracción de piedra, areniscas situadas en los predios contiguos, etc.

"En cuanto a "los daños por trabajos públicos" Charles Rosseau los define diciendo: "son los daños materiales, permanentes y anormales, causados a una propiedad por la ejecución de trabajos públicos y que acarrearán la depreciación de ella." Para este autor, "la materialidad del daño consiste en que la obra ejecutada afecte el inmueble de uno de sus elementos físicos, en su modo de explotación; la permanencia en el sentido de que la depreciación del bien debe tener duración considerable y no pasajera: y la anormalidad debe resultar "de la naturaleza de los trabajos, de la importancia de éstos, de sus dimensiones, de su duración".

"En el caso hoy sometido a estudio se reúnen a cabalidad las condiciones necesarias para que aparezca el trabajo público, y los requisitos para que surja el daño "por trabajos públicos". "

5. Meses después de proferida la sentencia anterior, esta corporación avanza en el camino iniciado y da nuevos argumentos jurídicos, justificativos de una teoría fundamentada exclusivamente en el derecho público y explicativa de la responsabilidad del Estado:

"Estima el actor que los procedimientos seguidos por la administración en este negocio generan la responsabilidad patrimonial del Estado al tenor de las disposiciones constitucionales que cita y de los artículos 2341 a 2360 del Código Civil. Acepta que el caso en estudio está vinculado también a esos textos, porque "tanto el derecho colombiano como el francés está configurado en materias de responsabilidad sobre la teoría de que toda persona debe ser indemnizada por el daño que se le cause por culpa de otra persona natural o jurídica..." aunque destaca la importancia de los preceptos de la Carta y su incidencia en el presente juicio.

"La autonomía del derecho público, como lo anota el profesor Maurice Duverger ("Droit Public". 1957, páginas 2 y ss.), se ha estructurado sobre bases orgánicas, materiales y formales. Estos criterios imprimen carácter a las relaciones jurídicas, indican la naturaleza de los intereses comprometidos y señalan los procedimientos singulares utilizados por el poder público. Desde un punto de vista orgánico, la autonomía se apoya en la diferencia entre gobernantes y gobernados y en la índole de las relaciones jurídicas que los unen. La intervención del poder público como sujeto de derecho, impone la necesidad de sistemas distintos, de aquellos que regulan las relaciones entre particulares. Desde el punto de vista material, la distinción se funda en la naturaleza de los intereses en juego. El fin esencial del Estado es el de satisfacer necesidades colectivas, y en razón de ese objetivo superior, necesita apelar a sistemas autónomos que garanticen el cumplimiento de sus deberes sociales. El lapso jurídico que vincula a los particulares no trasciende directa o inmediatamente sobre la colectividad, en tanto que en la relación habida entre la administración y los ciudadanos puede interponerse, como elemento distintivo, el concepto de utilidad general. Desde el punto de vista

formal, la diferencia es la manera como operan y se manifiestan las relaciones jurídicas. En Derecho privado domina el principio de la libre determinación y de la consiguiente autonomía de la voluntad. En derecho público se parte de la idea contraria. Los intereses colectivos limitan la actuación del Estado, por una parte, y le otorgan a la administración poderes singulares de imposición y facultades excepcionales de decisión unilateral, incompatibles con los sistemas de derecho privado.

"Pero como las situaciones jurídicas particulares no pueden quedar sometidas al capricho de los gobernantes, el derecho administrativo estructura, como contrapartida necesaria de ese régimen de privilegio estatal, un sistema autónomo de responsabilidad que tutela los derechos subjetivos y protege el interés general. De allí que los más ilustres maestros desarrollen los principios fundamentales del derecho administrativo entorno de éstas bases: La existencia de una organización pública; la actuación de las entidades estatales en función de imposición; el restablecimiento de un régimen autónomo de responsabilidad, y, funcionamiento de una jurisdicción especial.

"El Estado actúa generalmente por vía de imposición, pero el derecho objetivo señala los límites y establece las bases de su actuación unilateral. De allí que su actividad se desenvuelva en torno de dos principios directrices que constituyen la esencia del derecho administrativo y que dan a esta rama jurídica autonomía plena: La idea de imposición y la idea de responsabilidad.

"Nuestras instituciones de derecho público y de derecho privado, han tenido su fuente de inspiración en el sistema francés. El estatuto administrativo según esas orientaciones, y el, Código, Civil, especialmente en materia de responsabilidad extracontractual, no discrepa sustancialmente del estatuto napoleónico. De otro lado, la doctrina y la jurisprudencia colombianas han relevado esas similitudes. No obstante en el campo del derecho público se ha operado un fenómeno bastante curioso: La Constitución y las leyes colombianas, influidas por el pensamiento francés, consagran la autonomía plena del derecho administrativo, pero la Jurisprudencia, orientada por un agudo criterio civilista, ha dejado de lado esos textos constitucionales Y legales para estructurar una serie de doctrinas híbridas, con ostensible predominio del derecho privado. Basta un simple cotejo histórico de las ideas y de las normas positivas, Que, han orientado a uno y otro sistema en materias de responsabilidad estatal para demostrar la verdad de la aseveración

"Desde hace casi un siglo que se aceptó plenamente en Francia el principio de la inaplicabilidad de las normas del Código Civil a los casos de responsabilidad del Estado cuando éste actúa como gestor de los servicios y desde 1941, por lo menos, ese principio fue consagrado en la ley colombiana. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia nacionales no le han dado a esa sustancial transformación de nuestro derecho positivo la importancia que realmente tiene, y han seguido aplicando un sistema inadaptable a nuestro derecho positivo.

"El sistema francés. Observa Francois Koechlin ("La Responsabilité de 'star en Dehors des Contrats de L' an VII á 1873", ed., de 1957, págs. 117 y ss.) que con el perfeccionamiento de la noción de acto administrativo se desarrolla en Francia, en la Primera mitad del siglo pasado, una acentuada tendencia hacia una mayor independencia del derecho público que culminó con la sentencia Rotshild, dictada por el Consejo de Estado en 6 de diciembre de 1855, en la cual se consagraron éstos dos principios fundamentales:

- a) "Las demandas de daños contra el Estado no son de competencia judicial";
- b) "Los artículos 13,62 y siguientes" del Código Civil son inaplicables al Estado.

"Esas mismas ideas fueron ampliamente acogidas par el Tribunal de Conflictos en el famoso fallo Blanco, dictado en 8 de febrero de 1883, cuando dijo:

"Considerando que la acción intentada... tiene Por objeto hacer declarar al Estado civilmente responsable por aplicación de los artículos 1382, 1383 Y 1384 del Código Civil... que la responsabilidad que pueda incumbirle al Estado por daños ocasionados a los particulares por razón de actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para regular las relaciones entre particulares; que esa responsabilidad no es ni general ni absoluta, Que tiene reglas especiales, las que varían de acuerdo con las necesidades del servicio y la urgencia de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

"La doctrina contenida en el "fallo Blanco" fue seguida por, el Consejo de Estado y por la Corte de Casación y reiterada en múltiples decisiones proferidas por esos tribunales de esa lejana época hasta hoy. En sus lineamientos generales ella ha continuado vigente y sólo ha sufrido alguna modificación en lo relativo a los servicios industriales y comerciales de acuerdo con la tesis sentada por el Tribunal de Conflictos en el fallo Bac de' Eloka, dictado el 22 de enero de 1921.

"M. Long P. Weil y G. Briuband en su obra 'Las Grandes Arrets de la Jurisprudence Administrative' 2ª Ed. 1958, páginas 5 Y ss. incluyen estos comentarios al fallo Blanco.

" Estos textos son interpretados por el Comisario de Gobierno, David, en el sentido de que los Tribunales judiciales 'son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas formuladas contra la administración en, razón de los servicios públicos, cualquiera que sea su objeto, lo mismo si buscan o no buscan hacer anular, reformar o interpretar por la autoridad judicial los actos de la administración, sino también cuando persiguen simplemente hacer pronunciar

contra ella las condenaciones pecuniarias por reparación de daños causados por sus operaciones.

"Los litigios así sustraídos al conocimiento de los, tribunales judiciales no deben ser resueltos según los textos del Código Civil".

"Estos principios básicos del sistema francés, aunque no están consagrados en norma positiva alguna, son los que han servido para mantener la autonomía del derecho público y son aceptados en su totalidad por los más destacados tratadistas de derecho administrativo (Georges Vedel, 'Droit Administratif' 1958. páginas 48, 185 y 187; Marcel Waline, 'Droit Administratif', 8ª Ed. 1959, páginas 11 y ss.; André de Laubadere, "Traité Elementaire de Droit Administratif", 2ª Ed. 1957, páginas 495 y ss.; Francois Koechlin, 'La Responsabilité de l' Etat en Dehors des Contrast de L' VIII a 1973, páginas 143 y ss.; Jean Rivero, 'Droit Administratif', edición 1960, páginas 227 y ss.; Jean Guyenot, 'La Responsabilité des Personnes Morales Publiquest et Privees'" edición de 1959, páginas 27 y SS.; Jacques Moreau, 'L. 'Influencie de la situación et 'du comportement de la victime sur la respoilsabilité administrative', 1957, página 21ª).

"Es conveniente destacar entre éstos dos hechos: a) Esas doctrinas tuvieron consagración jurisprudencial hace más de un siglo y quedaron establecidas definitivamente hace ochenta y siete años; b) Tales ideas se impusieron a pesar de la inexistencia de textos legales Que las respaldaran y sólo tomando en consideración la naturaleza jurídica de la actuación del Estado. No se puede nivelar con el mismo rasero actividades jurídicas heterogéneas, ni aplicar a la función administrativa el mismo estatuto que gobierna a los particulares.

"Desde el siglo pasado esas ideas dominaron todo el campo del derecho público no sólo en Francia sino también en todos los países sometidos al régimen de la dualidad de jurisdicciones. Dada la circunstancia de que nuestro derecho es de, tipo legislado, Que no pretoriano como el francés sería lógico que tales construcciones jurídicas no hubieran tenido repercusión alguna en Colombia contra texto, escrito, pero resulta extraño que existiendo, desde hace mucho tiempo normas constitucionales y legales que imponen el sistema, la jurisprudencia haya enrumbado por otros caminos y mantenga vivo un régimen jurídico ya separado.

"El sistema colombiano. En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el Código Contencioso Administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que, hizo inoperante estas materias, la reglamentación del derecho privado

"En el artículo 2º de la carta se establece que los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala. esta norma por si sola, consagra las

tesis más importantes del derecho público moderno. El principio de la legalidad, el de la autolimitación del poder público y el del Estado de Derecho, cuya contrapartida necesaria es la responsabilidad. Si los poderes públicos están obligados a actuar dentro de los límites constitucionales, las actividades que desbordan estos linderos y que lesionen derechos particulares, han de producir necesariamente consecuencias jurídicas que se traduzcan en el restablecimiento del derecho violado. La infracción a los estatutos y el daño ocasionado, constituyen la fuente de la responsabilidad.

"Estas ideas generales se desenvuelven, especialmente para el órgano administrativo, en el artículo 16 de la Constitución que dice así:

" 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".

"En ese precepto se consagran en términos generales, los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública frente a los deberes derechos y obligaciones de los particulares, y se establece un régimen jurídico de equilibrio entre aquéllas y éstos. Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propia autoridades. Si la lesión ocasionada por un tercero implica la indemnización del daño, la que es causada por el mismo protector de ese derecho ha de determinar, por lo menos idénticas consecuencias jurídicas. La violación del derecho por parte de la administración pública encargada de la misión concreta y específica de ampararlo conlleva una mayor responsabilidad porque ella debe actuar por mandato expreso de la Carta dentro de los límites de la legalidad. Si el Estado hiere el derecho particular y ocasiona daño, necesariamente ha de responder de su acto.

"El contenido de los dos ordenamientos constitucionales analizados se desarrolla en todo el título tercero de la Carta siguiendo las mismas orientaciones y contemplando las diversas hipótesis en que la responsabilidad estatal, la personal del agente o la acumulación de ellas opera. En el artículo 33 que establece la responsabilidad objetiva y directa del Estado en forma expresa esta regla será estudiada posteriormente al analizar el caso planteado.

"Al señalarse en la Constitución los deberes y obligaciones del Estado y fijarse un límite a sus actuaciones, se establece una frontera entre sus actos regulares y sus actos irregulares, idéntica manera a como la transgresión de la ley determina consecuencias para los particulares, ha de introducir las para el Estado, porque aquellos y estos están sometidos al derecho. Son estas, en sus lineamientos generales, las ideas plasmadas en la Constitución Nacional. Se

desarrolla así la moderna concepción del Estado de derecho, no solamente en el sentido político que comúnmente se da a esa noción, sino como expresión de una responsabilidad jurídica y patrimonial.

"En los textos analizados se echan las bases de la responsabilidad del Estado en razón de sus actos y de sus hechos, en los artículos 136 y siguientes de la Constitución se crea una jurisdicción especial para conocer de esta clase de negocios, y en el Código Contencioso Administrativo se complementan aquellos principios, se adiciona esa organización y se establecen las acciones y procedimientos aplicables. Queda así consagrado un derecho adjetivo, y una jurisdicción autónoma para decidir de las controversias de derecho público.

"La Constitución anuncia los principios generales de la legalidad, de la responsabilidad y de la competencia, y la ley dá los medios para ponerlos en movimiento mediante el contencioso de plena jurisdicción.

La Carta fundamental impone a los poderes públicos la obligación de actuar dentro de los límites constitucionales y a las autoridades de la República el deber de garantizar y respetar los derechos por ella reconocidos. En desarrollo de estas normas generales, los artículos 62 y siguientes de la Ley 167 ordenan que el órgano administrativo acomode sus actuaciones ya no solo a los ordenamientos constitucionales, sino también a los preceptos legales y a las disposiciones superiores de derecho, y confieren poder suficiente para acusar ante la jurisdicción especial todas aquellas decisiones, operacionales y hechos que extralimiten el marco de la legalidad y que lesionen los derechos particulares.

"Las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, entre los cuales figuran los de obrar dentro de los límites del derecho, imponer el acatamiento de la ley, conservar el orden público, y en general, prestar eficientemente los servicios públicos, para alcanzar esas finalidades esenciales, el Estado expide decisiones administrativas escritas o verbales realiza operaciones y ejecuta actos administrativos materiales, es decir, cumple una función de derecho público. En el desempeño de esa misión, ocurren acaecimientos involuntarios o hechos administrativos propiamente dichos cuyo agente o productor es el Estado en función del servicio público,

"cuando la administración traspasa los linderos de la legalidad con lesión de derechos particulares, o cuando por faltas del servicio acarrea dición (sic) como el contencioso típico de la responsabilidad del Estado. y en daños a las personas, se establece entre el Estado, y los perjudicados una típica relación de derecho, público que engendra una responsabilidad de derecho público, 'porque el agente productor del perjuicio es un sujeto de derecho público que actúa en función pública. No importa que, el derecho quebrantado por el acto o por el hecho administrativo sea de carácter civil porque el elemento que establece la naturaleza jurídica de la relación es la calidad especial del sujeto que ocasionó el daño y la índole de la gestión que en ese momento adelantaba.

"Es esa la razón para que los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941, estructuren la noción de responsabilidad patrimonial del Estado a través de la relación de derecho público que nace entre la administración y los particulares, sin consideración a la naturaleza civil del derecho violado. La norma quebrantada puede ser de carácter civil o administrativo', sin que se altere la índole jurídica del vínculo, ni la naturaleza de la responsabilidad que genera. Igualmente, la Constitución Nacional y el Código contencioso administrativo desplazan el centro de gravedad de la responsabilidad estatal de los fundamentos meramente subjetivos que le da al Código Civil bases más concretas y objetivas. Las nociones de responsabilidad directa y de responsabilidad indirecta adaptan a las modalidades y sistemas de actuación del Estado, porque éste, como tal, no incurre en culpa, y la que sea imputable a sus agentes no se, puede considerar desligada de la función pública que desempeña. Tampoco es dable asimilar, para efectos de la responsabilidad, a los funcionarios de la administración con los pupilos y criados domésticos, como expresamente lo ha reconocido la jurisprudencia.

"Es tan evidente en nuestro derecho la tesis de la inaplicabilidad de esas normas civiles a los casos de responsabilidad administrativa del Estado, y tan forzadas las doctrinas predominantes en Colombia hasta hace poco tiempo, que aún esa misma jurisprudencia, dirigida con férreo criterio civilista se ha visto obligada a aceptar la teoría de la falta de servicio de definida estirpe administrativa, como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado. acogándose así a una concepción objetiva y científica del fenómeno jurídico y relegando al segundo término la idea de culpa, tal como se concibe en nuestra. estatuto civil.

"La Constitución Nacional a partir de la enmienda de 1936, y el Código Contencioso Administrativo desde 1941. estructuran las nociones de responsabilidad patrimonial de las entidades de derecho público sobre bases más científicas y más acordes con la técnica jurídica. Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, esos estatutos crearon el contencioso de plena jurisdicción como el contenido típico de la responsabilidad del Estado. y en los artículos 67 y 68 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. En esas reglas legales se estudia la responsabilidad patrimonial del Estado a través de todos los sistemas de actuación de las entidades de derecho público. El acto administrativo, la operación administrativa, el acto material y el hecho administrativo, para presentar una concepción objetiva de la responsabilidad fundada en la violación de la ley, en la falta de servicio y en el daño.

"Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de derecho público, porque parte del principio básico de que

la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar orientada siempre por fines altruistas de servicio y de satisfacción de necesidades colectivas y no por el propósito egoísta de atender intereses particulares, el sistema jurídico que regula la responsabilidad estatal ha de tener en cuenta ese trascendental elemento que es totalmente extraño al derecho civil. En las actividades del Estado como supremo gestor de los servicios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho. El Estado actúa generalmente como persona de derecho público, expide mandamientos unilaterales en función de poder público, crea situaciones jurídicas de derecho público, utiliza procedimientos de derecho público y está sometido a una jurisdicción especial de derecho público.

"Por, otra parte, los estatutos constitucionales y legales analizados, como disposiciones posteriores a las contenidas en el Código Civil y como normas especiales que reglamentan íntegramente una materia, hacen aplicables al estado las reglas del antiguo sistema sobre responsabilidad patrimonial. Si las enmiendas, constitucionales de 1936 y de 1945 y la Ley 167 de, 1941 consagraron o un sistema jurídico especial para la responsabilidad de las entidades de derecho público que da soluciones adecuadas a todas las hipótesis que se pudieran forjar sobre la materia, y si tales estatutos son posteriores al régimen establecido en el derecho privado, para deducir la responsabilidad entre particulares, no parece lógico ni jurídico que aún se siguiera aplicando el sistema desueto.

"La tesis de la inaplicabilidad de los artículos 2341 y siguientes a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado ya fue estudiada en el auto de fecha 26 de agosto de 1960, dictado por el Consejero Carlos Gustavo Arrieta en el incidente de nulidad propuesto por Miguel y David Deszer dentro del juicio seguido por Madein For, Brassiere Company, Inc., y en la sentencia de 30 de septiembre del mismo año expedida por la Sala con ponencia del Consejero Francisco Eladio Gómez en el juicio adelantado por Esther Wolff de Posada. En esas dos decisiones se sienta la tesis de que la responsabilidad patrimonial del Estado debe estudiarse y definirse de conformidad con la reglamentación establecida en nuestro estatuto contencioso administrativo y, no a la luz de las disposiciones del Código Civil.

"El apoderado del actor apoya su demanda no solamente en los preceptos comentados, del Código Civil, sino también en los artículos 16, 30 Y 34 de la Constitución Nacional, normas que obligaran a las autoridades a proteger los bienes, a, respetar los derechos, adquiridos con justo título, a impedir la confiscación y a responder por, la ocupación temporal de los inmuebles aún en tiempo de guerra. La acción se apoya además en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo que da viabilidad al establecimiento del derecho cuando la causa de la violación es una operación administrativa

"Están plenamente acreditados en el expediente los siguientes hechos:

"a) Que el demandante había adquirido algunos derechos o mejoras sobre lotes de terreno ubicados en las regiones de Yopal y el Morro y que estaban en posesión de tales bienes;

"b) Que en esos lugares levantó a su costa algunas edificaciones;

"c) Que el Ejército Nacional ocupó temporalmente los citados terrenos y construcciones y que esa ocupación duró hasta época posterior a la iniciación de este juicio;

"d) Que alguna de las edificaciones levantadas por el actor fué destruida por un incendio ocurrido en el tiempo que duró la ocupación.

"Es evidente que en el período en que sucedieron los hechos anteriores no existía una guerra civil declarada, pero no lo es menos que sí había una situación de orden público y que en algunas regiones del país, especialmente en los Llanos Orientales, esa situación general cobró los caracteres de una guerra no declarada. El Ejército Nacional estaba investido de poderes extraordinarios y de facultades discrecionales para dominar el alzamiento y en virtud de ellos ocupó los terrenos y edificaciones del demandante.

"Esa situación de guerra civil; no declarada encaja dentro de los supuestos contemplados en los dos últimos incisos del artículo 33 de la Constitución Nacional. Dispone esa norma que en caso de guerra y solo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá decretarse por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y sin indemnización previa. Agregan los dos últimos incisos que en este mismo caso la propiedad inmueble podrá ocuparse temporalmente para atender las necesidades de la guerra, pero en tales eventos la Nación será siempre responsable por aquellas expropiaciones y por estas ocupaciones. .

"Se estructura en ese mandamiento constitucional una responsabilidad objetiva y concreta, cuyo fundamento único es el hecho de la ocupación o de la expropiación temporal, sin mezcla alguna del elemento culpabilidad que constituye la base de la responsabilidad en derecho privado. Basta demostrar la ocupación para que sea viable la indemnización ha de pagar el Estado. Este hecho ha sido plenamente acreditado en el curso del juicio, y, por consiguiente, la reparación que ordena el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo es procedente". Anales del Consejo de Estado. Tomo LXII, números, 387-391, Pág. 54 Y ss., sentencia de dos de noviembre de 1960. Actor: Ira Elischa Wash Born contra la Nación. Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta).

6. Sobre la responsabilidad de la administración, por los hechos negativos u omisiones o por abstenerse de decidir, dijo la corporación: ,

"Ahora bien, si lo que dice el 'memorandum' del Director del Departamento de Control, fechado el 3 de diciembre de 1949, es que este Departamento se abstendrá de considerar la solicitud de licencia, y lo que consta en el certificado del Director de la Oficina del Plan Regulador fechado en junio o julio de 1952 es que no ha sido posible tampoco estudiar los anteproyectos presentados por la Firma Manrique Martin e Hijos Ltda., no apareciendo, como en verdad, no aparece, que se hubiera decidido negar la licencia, preciso es concluir que esta no fue negada, que no se produjo sobre ella un pronunciamiento o decisión de la administración y que hubo o ha habido una abstención u omisión en el cumplimiento de la obligación de resolver que el artículo 45 de la Constitución Nacional impone a las autoridades como deber correlativo al derecho que toda persona tiene de presentar peticiones por motivos de interés general o de interés particular.

"Sentado lo anterior, preciso es deducir, en principio, que el Distrito incurrió en responsabilidad. Al respecto dijo el señor Fiscal doctor Del Hierro, en su vista de fondo:

" Tanto en la demanda como en las exposiciones hechas por el doctor Jorge Osorio Gil, en la audiencia llevada a cabo ante el Tribunal Administrativo, se invoca la responsabilidad en que incurrió la administración municipal por omisión en conceder oportunamente la licencia que para construir en el lote de la Plaza de Bolívar, habían solicitado sus legítimos propietarios.

"Es decir, se acogen a la teoría de la responsabilidad civil extracontractual por la omisión de un acto que debió producirse en tiempo oportuno para atender a la solicitud, que se había formulado, en acatamiento a ordenamientos municipales vigentes.

"Es decir, se acogen a la teoría de la responsabilidad civil resolver prontamente la petición que se le había presentado, y de este modo incurrió en responsabilidad. Es esta una tesis aceptada universalmente, y en Colombia se encuentra consagrada en numerosos fallos, de la Corte Suprema de Justicia. El fundamento de la responsabilidad civil del Estado, frente a los particulares viene de la obligación que tiene de prestar debidamente los servicios públicos.

"En Francia que es la fuente nutricia de muchas de las teorías del Derecho Público, se acepta la responsabilidad del Estado por deficiencias del servicio público, por omisión, por negligencia o ausencia de una medida preventiva pero solo en el caso de falta grave. El profesor Charles Rosseau, en su obra, 'Teoría General del Derecho Administrativo' hace un estudio detenido sobre las doctrinas del Consejo de Estado Francés, relacionadas con esta materia y sobre los requisitos que son necesarios de comprobar para determinar la responsabilidad y el pago de los perjuicios. En las páginas 90 y siguientes de la obra citada atrás

numerosos fallos del Consejo de Estado sobre retardo de la administración, demora en el cumplimiento de un acto administrativo, demora en el asentimiento para reparación de un edificio, etc.

“Pero no tenemos para qué acudir a fuentes extranjeras para decir que la responsabilidad civil extracontractual por omisión o mora, es una doctrina aceptada, cuando entre nosotros se encuentra vigente, y la propia Corte Suprema de Justicia la ha consagrado en varios fallos, entre otros el de 5 de agosto de 1937, cuya parte pertinente dice: 'Como fuente de responsabilidad civil existen cuatro actos genéricos.....c) El negativo, consiste en la inejecución de ciertas obligaciones positivas impuestas a favor del público, o a favor de determinadas personas o empresas, o bien en la omisión o en la falta de intervención o de una iniciativa, cuando se las considera como deberes jurídicos positivos (G. J. número 1927, Pág. 420).

"Aceptando el principio de que existe responsabilidad de la administración por deficiencia en la prestación del servicio y aún por la prestación tardía que puede ser más grave que un mal servicio, debemos reconocer que el Municipio de Bogotá, incurrió en esa responsabilidad por el tiempo que se tomó para declarar su abstención en la concesión de la licencia".

"A lo dicho por el señor Fiscal cabe agregar que esta misma Sala tuvo ya oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad por omisión en un caso similar al de autos. En efecto, en sentencia de fecha 7 de marzo de 1963 proferida en el juicio adelantado por Cecilia Insignares de Carbonell contra el municipio de Barranquilla, por indemnización de perjuicios causados por reiterados actos de omisión al demorar la resolución sobre las peticiones para obtener la licencia para construir en un lote de su propiedad, se dijo con ponencia del honorable Consejero Rojas Arbeláez:

"Efectivamente de los documentos presentados y de la narración relativa a los hechos se comprende con claridad que la demandante vincula el derecho al hecho jurídico de la omisión administrativa que da lugar al resarcimiento de perjuicios al tenor del artículo 68 de la Ley 167 de 1941. La abstención, o no hecho del administrador se convierte en un hecho para el administrado, del que pueden provenir daños patrimoniales como ocurre en el caso de autos en que renuncia de la alcaldía al resolver sobre la petición de licencia para edificar, privó a la demandante de los ingresos que le hubiera producido la edificación. La Constitución por otra parte consagra para los ciudadanos el derecho de obtener pronta resolución de sus peticiones, en, atención precisamente a que las resoluciones tardías o la omisión en producirlas puede perjudicar gravemente al peticionario. Los hechos, pues, a que se refiere el artículo 68 antes citado, no son solo los positivos, sino también los negativos... De las pruebas aportadas al juicio resultan inequívocamente una falta, una persona de derecho público a la que ella se

imputa, la existencia de los perjuicios causados, y consecuentemente la responsabilidad de repararlos. El tema de la responsabilidad del Estado por acción o por omisión está entre nosotros prácticamente agotado, desde luego que las leyes la consagran. Por lo mismo carecería de objeto toda consideración en ese orden por parte de quien tiene como función aplicar los textos legales. Llevada esa responsabilidad a los preceptos positivos, por las razones que en ello hubieran, obrado ya sea para repartir equitativamente las cargas públicas o por el implícito reconocimiento de que existe un derecho anterior al Estado, la actividad del juzgador se limita a ver si se cumplió con los presupuestos procesales y a determinar la imputabilidad del hecho y el quantum de la indemnización que se demanda". (Libro Copiador, Tomo 105, fls. 177 y ss.).

"Lo expuesto permite concluir que la acción ejercitada en la demanda que es objeto de este fallo, no ha sido equivocada por cuanto la indemnización de perjuicios se basa en una omisión y como lo dijo la Sala en la sentencia citada, 'los hechos a que se refiere el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo no son sólo los positivos sino también los negativos', (Sentencia, junio 24 de 1965, Ponente doctor Alejandro Domínguez Molina, Anales del Consejo de Estado, Tomo LXIX. Números 407-408, página 44 y ss. Actor: Elena Muñoz Sarona y otros contra el Distrito Especial de Bogotá).

7. Y como síntesis de las jurisprudencias anteriores precisa el Consejo de Estado, los presupuestos que deben demostrarse para que prospere la responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente condena por perjuicios, en numerosos fallos, uno de los cuales, por lo sintético, vale la pena de transcribir, en lo pertinente:

"La cuestión relacionada con la responsabilidad aquiliana del Estado, vale decir, la responsabilidad directa de éste, por 'fallas del servicio, sin consideración a un autor individualizado ha sido ya materia estudiada por el Consejo de Estado en numerosos y recientes fallos y bien puede decirse con propiedad que constituye doctrina uniforme y repetida. No cree por ello la Sala que sea necesario considerarla de nuevo in extenso. Basta decir que en el campo de la administración, la responsabilidad extracontractual es directa y no hay lugar por lo tanto a distinguir entre los órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que apenas ejecutan esa voluntad.

"Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados 'servicios públicos'. Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su 'no funcionamiento' o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien, sea que aquél o aquellos aparezcan o no

cómo responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del Estado, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común.

"Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: 1° Existencia del hecho (falla en el servicio); 2° Daño o perjuicio sufrido por el actor; y 3° Relación de causalidad entre el primero y el segundo. Procede la Sala a estudiar por separado cada uno de ellos". (Sentencia de abril 28 de 1967. Ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: William Bendeck contra la Nación. Anales del Consejo de Estado. Tomo LXII. Números 413-414, páginas 257 y ss.). En idéntico sentido, sentencia de 28 de junio de 1967, el mismo ponente, Orlando Patiño G., contra la Nación. Tomo LXXII, páginas 279 y ss.

8. Importante desarrollo de la teoría de la responsabilidad general del Estado derivada de la falla del servicio y en un caso interesante en que se imponía la actividad de la fuerza pública frente a la obligación constitucional de garantizar la vida, honra y bienes, es la que se hace en la sentencia que se transcribe a continuación, en lo pertinente:

"La omisión administrativa como causal de perjuicios.

"En el proceso quedó debidamente establecido que en los sucesos del 10 de mayo de 1957, ocurridos en Cali faltó la actuación de las autoridades. Los mismos hechos lo demuestran, y los hechos suelen ser las voces más decidoras. Las cosas habían por sí mismas: 'Res loquitur'. La corroboran además numerosos declarantes.

"Sin embargo las autoridades estaban en la ciudad, como hay que suponerlo, y como también resulta de las pruebas. En el certificado expedido por el señor Comandante de la 2ª Brigada se da cuenta de la orden del día 10 de mayo de 1957 para el Batallón de Infantería número 8 'Pichincha', de Guarnición en Cali," y se certifica además que en ese día los cuerpos militares no estuvieron acuartelados. Pudo estimarse entonces que para evitar males mayores era prudente no actuar; pero como de esa falta de actuación u omisión, suponiéndola causada por una apreciación ocasional del bien público, resultó una grave carga para unos particulares, éstos tienen derecho a que se recompense esa carga mediante el pago de una indemnización.

"Se ha alegado por la parte demandante que sólo después de la vigencia del Decreto 528 de 1964 es procedente reconocer perjuicios por omisiones del Poder Público, puesto que sólo en este estatuto esa causal se consagró expresamente, y que en consecuencia debe absolverse a la Nación.

"La afirmación carece de exactitud, y considerándolo así, la Sala de lo Contencioso profirió la sentencia de 7 de mayo de 1963, expediente número 1516, actor: Cecilia Isignares de Carbonell, Y de 24 de julio de 1965, expediente número 412, actores: María Elena Umaña y otros, sentencias en las que por la causal de omisión resultaron condenados a pagar indemnizaciones los municipios de Barranquilla y Bogotá, respectivamente. Además de los dictados de la equidad, los fundamentos para condenar por omisión se encontraban y se encuentran en los artículos 16 de la Constitución y 68 del Código Contencioso Administrativo. Si las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, es porque se les demanda la continua y vigilante actividad que para cumplir con el ordenamiento constitucional se requiere. Y como esa falta a la prestación del servicio es un hecho, así este sea negativo, es natural que el origine perjuicios.

"Es de anotarse cómo la parte demandante no ha sostenido en ningún momento que haya concurrido en su favor alguna de las causas de exculpación: fuerza mayor o caso fortuito, intervención de un tercero o culpa de las víctimas, únicas que pudieran liberarla de responsabilidad por la omisión ante los graves hechos que quedan relatados. Por el contrario, la actuación de su representante, tanto en las diligencias extrajudiciales, como en el debate probatorio, parece haberse dirigido a demostrar que los hechos se explicaban en razón de la calidad personal de los perjudicados. Según el señor Fiscal del Tribunal y según las repreguntas a los declarantes, no se trató de otra cosa que de una reacción de la 'ciudadanía'.

"Pero, la omisión es cosa evidente en el proceso, y fue un hecho notorio el día de los acontecimientos. No constituyeron estas ocurrencias fugaces y clandestinas de las que no se perciben pronto por las autoridades y por lo mismo imposibles de reprimir, sino sucesos públicos, largos y continuados, de los cuales tuvieron conocimiento las autoridades. Sobre ello hay abundantes pruebas en autos.

"Tampoco ha pretendido la parte opositora desplegar o compartir la responsabilidad que los demandantes le imputan. La Nación ha sido demandada como la persona que el día de los sucesos tenía el poder y el deber de procurar el orden. Esto se justifica.

"La presencia de la Nación, por medio de las Fuerzas Armadas, en determinados sitios de la República, debe tener alguna significación. Significa realmente que la Nación, (única) persona dotada de tales fuerzas garantiza el mantenimiento del orden público. Con esa finalidad en el territorio del país se reparten es-

tratégicamente las guarniciones. Esa competencia de la Nación apareja la responsabilidad consiguiente, siendo tanto ésta como aquélla más directas, amplias y discernibles, cuando se encuentra en estado de sitio la República, como se encontraba el 10 de mayo de 1957. Ese estado se conoce también con el nombre de legalidad marcial, con lo cual se quiere significar que impera un régimen extraordinario dentro del cual es el Ejército el que llena con su acción todos los vacíos que un estado de anormalidad ocasiona. En ese estado, no es concebible que conforme a lo dispuesto en el artículo 195 de la Constitución, el jefe militar obedezca las instrucciones del gobernador, si éste requiere el auxilio de la fuerza armada. El Ejército es una jerarquía, y necesita serlo especialmente en estado de guerra exterior o de conmoción interior.

"Ni los gobernadores ni los alcaldes disponen de fuerza pública. Por lo mismo no están en capacidad de reprimir un motín. Es cierto que a los primeros les resulta la atribución, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, de mantener el orden en el departamento y coadyuvar a su mantenimiento en el resto de la República; pero sólo pueden hacerlo con sujeción a lo preceptuado en el artículo 195 de la Constitución. También es cierto que según el numeral 15 del artículo 127, antes citado, tienen la atribución de estatuir o dictar medidas en lo relativo a la policía local. Pero esta facultad es para medidas de prevención.

"La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional bello artículo, lo llama el señor Samper en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intrascendente parece ese precepto; pero no lo es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el Poder Público ha sido y pudo, ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupos, de clases o de partidos.

"Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos, que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 49 de la Ley' 15-3 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado Francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia.

"No obstante, sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza. Constituiría, esto una nueva versión del Estado Gendarme, tan peregrina como

imposible; equivaldría a solicitar del Estado, la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece. Existen autoridades o instituciones para, prevenir y castigar los delitos, y asegurar así el respeto de los derechos, conforme al discurrir ordinario de la vida social. Dentro de este orden, de cosas que contempla las relaciones de particular a particular, sin saltar al campo de las cosas públicas, así cumple sus fines la administración.

"Pero cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias se requiere, entonces la presencia especial de la autoridad. Si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente, en negligencia, causante de perjuicios originaria de responsabilidad No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública, y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencias el artículo 16 de la Constitución.

"Aquella doble situación administrativa estaba contemplada muy bien en el primitivo artículo de la Constitución, correspondiente al 16 de la Codificación actual, disposición en la que se decía que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el respeto recíproco de los derechos, previniendo y castigando los delitos. Se perfilaban allí la protección continua que proporciona el Estado a través de determinados organismos, y la protección que se pudiera llamar transeúnte por lo circunstancial. Ambas obligan a los Poderes Públicos; pero es la última la que corresponde especialmente a la llamada administración activa.

"La Nación y el Estado.

"También se ha alegado por la misma parte, como causa de exculpación, que ello de mayo de 1957 hubo una rebelión arrolladora incontenible por las autoridades, y se ha citado a este respecto el siguiente concepto de la Corte Suprema de Justicia: La Nación no es responsable de los daños y perjuicios que causen a terceras personas los hechos que realizan agentes suyos en rebeldía contra la misma Nación o Estado. En este evento ocurre algo igual al caso de un particular cuya responsabilidad por el hecho de aquéllos que estuvieron a su cuidado cesará, conforme al precepto del artículo 2347 del Código Civil si con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe; no hubieren podido impedir el hecho".

"La fidelidad al Código Civil puede resultar poco indicada en los trajines del Derecho Público, y trocarse ella en una infidelidad al espíritu de justicia. Es explicable que durante tanto tiempo se haya buscado resolver casi todos los conflictos jurídicos a la luz de normas de un código que es un monumento de

sabiduría y un oráculo en previsiones. Hasta las restricciones al derecho de propiedad, por la función social de la misma, que tanta tinta ha hecho correr modernamente, hallan cabida en la concepción, del dominio que contiene el artículo 669, según el cual la libre o arbitraria disposición de una cosa está sujeta a la voluntad de la ley y el derecho ajeno. Es explicable también que ese código se haya creado su propia y vasta atmósfera, y que debido a su autoridad y al hecho de que en un tiempo no menudeaban como hoy los antagonismos entre el interés privado y el público pues era menos avasallante el Estado, se haya apelado a su espíritu general como el espíritu decisorio rector en todas las situaciones. Es explicable que se haya impuesto y que se imponga "la majestad histórica del Código Civil".

"Pero es un hecho que el Código Civil, Código del Derecho Privado, está inspirado en el concepto de la igualdad de las partes; y que en el derecho Público por el contrario, no puede desconocerse que las relaciones giran entre dos partes desiguales: entre el Poder, persona de un orden, y el ciudadano, persona de orden, distinto. Entre éste, que es débil y aquel, que es fuerte. El poderío se requiere para poder gobernar, pero también responsabiliza

"La dualidad entre padre e hijo, o entre curador y pupilo que contempla el artículo 2347 del Código Civil, no puede trasladarse al Estado, la misma diversidad de naturaleza entre una persona física y una persona moral de derecho público, indica que la asimilación no puede hacerse tan paladinamente. Aunque al tratar de la responsabilidad estatal se suele especular sobre la responsabilidad personal y la falta de servicio, eso es distinto a querer situar en una parte al Estado y en otra a sus gentes y a sus órganos. Porque, cómo concebir al Estado sin éstos, o a éstos sin el Estado? Indudablemente se trata de una substancia cuya partición no es posible.

En la hipótesis de la desobediencia o de la falta de un estamento Cualquiera, es el servicio público, es la propia administración la que ha fallado, porque el Estado es el gran servidor público. Por este camino sería muy difícil puntualizar la administración de un particular agraviado. Se presentaría como primera dificultad la de delimitar los ámbitos del Estado y del órgano o funcionario, para que, de conformidad con el espíritu y los términos del citado precepto del Código Civil, pudiera establecerse con claridad cuándo obró con suficientes autoridad y cuidado el director o empresario.

"Tal vez la objeción implícita es la que del Estado, en un 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. El cetro puede haber salido de Judá, pero alguien tiene el cetro. El Estado de anarquía sólo puede

concebirse excepcionalmente.

"Pero, 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. En el vaivén de las cosas humanas, y dentro de la relatividad de los términos, la Nación es la única persona que sobrevive. La Nación perdura. 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. No son pocas las ocasiones en que la Nación padece bajo el Estado.

"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. La Comunidad suprafuncional como se le llama porque en su seno se registran todas las acciones y todas las reacciones, no debe enriquecerse a costa de nadie. Y por eso, cuando dentro de ella hay quien sufra y quien haya recibido detrimento por acción o por omisión de los gestores públicos, y aunque la conducta de éstos haya sido la estimada prudencia ante el desbordamiento de grupos que por interacción reciben de otros el amor o el odio del día, y en todo caso la pasión de turno, es justo que la Nación resarza el perjuicio. En este caso, ante el Código Civil es preciso pasar de largo". (Sentencia de noviembre diez y siete de mil novecientos sesenta y siete. Consejero ponente doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Actores: Alfonso Salazar y otros).

9. Nuevamente sobre la responsabilidad por falla del servicio y la responsabilidad por daños especiales, causados por una actuación administrativa que, aunque legítima, puede dar lugar a la indemnización correspondiente, dijo la corporación:

"La Fiscalía, pues, descarta, en el caso de autos, para los efectos de la responsabilidad, el presupuesto de la falla del servicio público por tratarse de actuaciones de las fuerzas militares. Sin embargo, la sala considera que aún tratándose de actuaciones de las fuerzas militares sí cabe aplicar la teoría de la falla del servicio que se configura bien por la Imprudencia en el manejo o empleo de las armas o bien en la desproporción entre la agresión y los medios para rechazarla. De ahí Que una notoria desproporción entre la agresión y los medios empleados para reprimirla puede resultar la responsabilidad del Estado, pero desde luego en este último caso, no por tratarse del ejercicio de actividades peligrosas.

"Desde este punto de vista y sobre la base de muy vagos indicios que es lo único que en materia probatoria arroja este proceso, pues ciertamente la actividad del apoderado de la actora acusa una notoria negligencia, no puede la Sala juzgar

si existió aquella desproporción. En efecto, según el artículo 119 "corresponde al Presidente de la República, en relación con la administración de justicia: 1° ".
.". 29 "Velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia, y prestar a los funcionarios judiciales con arreglo a las leyes los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias". Esta función era la que cumplían los, agentes del gobierno para hacer efectiva una orden de captura expedida por un funcionario de la rama judicial. Ahora bien, cómo cumplieron esta función? Ya se dijo que no hay prueba idónea sobre este punto, pero por los indicios de que se habló, puede decirse que la fuerza pública no se excedió, en el cumplimiento de su deber. El propio apoderado en la demanda confiesa que en la acción militar murieron varios soldados, no por causa o culpa de sus compañeros de armas sino a consecuencia de los disparos que con armas también potentes disparaba contra los efectivos militares desde la casa donde se encontraba la persona que se debió capturar. En un recorte del periodico "El Espectador" de fecha. 10 de junio de 1965, presentado por el apoderado de la demandante, incompleto y sin autenticación alguna pero que la sala lo tiene "por cierto. aparecen estas informaciones "Muerto Efraín González. Cinco bajas y once heridos en el Ejército. En combate en barrio al sur de Bogotá cayó el bandolero, la intensa lucha duró casi 5 horas; cañoneado refugio. A las 7:40 de la noche de ayer, terminó la existencia criminal de Efraín González, al final de una verdadera batalla de casi cinco horas, en que 4 soldados y un miembro de la Inteligencia Militar perdieron la vida. González, uno de los criminales más buscados del país y por cuya cabeza se venían ofreciendo \$ 200.000.00 cayó abatido después de oponer desesperada resistencia, a unos cincuenta metros de la casa del barrio San José, al sur de la ciudad en donde se encontraba, probablemente desde días anteriores. 15.000 proyectiles disparados en el intenso combate. Fuentes no oficiales indicaron que durante las cuatro horas y cuarenta minutos que duró el combate contra Efraín González y su gente, se dispararon no menos de 15.000 proyectiles. La casa de Vitalia vda. de Pinilla, de muros bastante fuertes, quedó completamente arrasada. Cañonazos. La gran cantidad de proyectiles disparados da una idea del fuerte atrincheramiento del bandolero y su situación ventajosa que le permitió abatir a numerosos soldados. También se hicieron más de diez andanadas con cañón de 40 milímetros, para derribar las paredes de la casa donde se parapetó González. Me sacarán de aquí pero muerto. En las treguas que se concedieron a Efraín González Tellez, para que saliera de su escondite se oyeron los siguientes gritos, Ríndase González. Está rodeada la casa. Vamos a lanzarle bombas. Efraín respondió también a gritos, matizados con palabras insultantes: Me sacarán de aquí, pero muerto. Yo ví caer a González. Como un felino salió disparado. Hacía cinco minutos que había cesado el lanzamiento de bombas lacrimógenas a ese lugar. Anteriormente, se habían lanzado y no habían surtido el efecto que se quería

“Todas estas informaciones aparecen en la primera página así como también una fotografía en que figura una, señora y varios niños, con la siguiente leyenda: angustiada espera. Dentro de un bus estacionado cerca a su casa, aparecen

Emma de Pinilla, esposa de Víctor Pinilla y nuera de la dueña de la casa, que recibió una herida en un muslo y Elvira María Marín, empleada de un café e inquilina de la casa, que fue la primera persona que encontraron las autoridades dentro de la edificación. Uno de los niños fue rozado por un proyectil, y en la grafica se aprecia su rostro ensangrentado"

"De lo expuesto hasta aquí pueden sacarse las siguientes conclusiones:

"a) González se encontraba dentro de la casa de la Señora, Vitalia vda. de Pinilla, fuertemente armado y debidamente protegido, ignorándose cuándo ni cómo entró allí;

"b) González dio muerte a cuatro soldados e hirió a otros tantos e inclusive a un capitán, un sargento, etc.;

"c) El Ejército, según parece lanzó previamente sobre la casa gases lacrimógenos y dio oportunidad a González a que se rindiera sin resistencia, lo que éste no aceptó. La Sala está de acuerdo con el señor Fiscal por las razones expuestas, en que en el caso de autos no puede hablarse propiamente de "falla del servicio", no por imprudencia o negligencia en el empleo de las armas oficiales, ni por desproporción entre la agresión, en este caso la resistencia armada que opuso quien debía ser capturado. A los medios empleados para hacer cumplir la orden judicial. En una situación tan dramática y confusa como la que se vivió en esos momentos (varias horas), era el jefe militar que comandaba la fuerza pública encargada de capturar a González quien estaba en capacidad de determinar o adecuar los medios que debía emplear para cumplir la orden judicial, dada la resistencia armada, muy eficaz, que oponía aquél.

"Resta decidir si la tesis planteada por el señor agente del Ministerio Público sobre distribución de las cargas públicas, puede aplicarse al caso de autos dadas sus características especiales y que puede sintetizarse así: la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionarios competentes no constituye falla del servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a los hechos, consistente en la destrucción de una casa de propiedad de ese tercero, razón por la cual el Estado corresponde indemnizar el perjuicio causado, por lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación.

" Es evidente que por lo menos, por razones de equidad y de justicia distributiva quien ha sufrido un perjuicio causado por la administración debe ser indemnizado, y ciertamente en el caso de autos la señora Vitalia Vda de pinilla no tiene porque sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la administración, legitimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano. Ya el consejo

de Estado, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1949, citada por el fiscal, publicada en los anales. Tomo LXIII, páginas 371 y 372. se expresó así sobre este punto: “ En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnizar en los mismos terminos que en derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa, y que nadie pueda causar daño a otro. Solo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el estado la obligación, de indemnizar el estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser, por lo tanto excepcional y anormal porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause daño, sino del carácter singular o excepcional del daño causado.

“ Vale la pena también reproducir, por ser tambien pertinente, los siguientes pasajes transcritos por la Fiscalía, del tratadista Bartolomé Fiorini en su Manual de derecho Administrativo que dice: ‘ El derecho resarcitorio establece la necesaria obligación de reparar todo daño, ocasionado, pero para que nazca esta relación jurídica será necesario que exista un daño concreto y de desigualdad manifiesta. Es un daño que lo recibe solamente un sujeto o algunos sujetos en forma excepcional; no debe provenir de una norma que vulnera por limitación derechos particulares con carácter general e igualitario... Daño ocasionado pero daño excepcional, que se presenta como el sacrificio individual sin legal justificación. Si el Estado no concurre con el resarcimiento impondrá la desigualdad injusta y repelida por la Constitución. En suma: el derecho resarcitorio estatal se manifiesta como la reparación ante el daño ocasionado con carácter excepcional y singular, actos legitimas o ilegítimos. El derecho resarcitorio se extiende para cualquier daño provocado por los órganos del Estado, no reduciéndose exclusivamente en las actividades administrativas, No hay daño cuando la limitación proviene de una norma igualitaria y general . (Obra citada. Tomo TI, página 116)

"Es igualmente pertinente la siguiente transcripción que aparece en la vista fiscal de un pasaje de la obra 'Responsabilidad Civil del Estado, página XI. del, tratadista Amaro Cavalcanti, Que dice: '... Asi, como la igualdad de las cargas es hoy fundamental en el Derecho Constitucional de los pueblos civilizados. Por lo tanto, siempre que un individuo sea perjudicado, en sus derechos como condición o necesidad del bien común, siguiese (sic) que los efectos de la lesión o las cargas de su reparación deben ser igualmente repartidos entre toda la colectividad, esto es, satisfechos por el, Estado, a fin de que de este modo se restablezca el equilibrio de justicia distributiva: Qua omnes tranjit ab omnibus debet supportari'.

"La Sala acoge el concepto fiscal expuesto en los siguientes, párrafos: 'El artículo 16 de la Constitución Nacional, que textualmente, dice:

"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, da fundamento a la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio público, e igualmente fundamenta aquella responsabilidad por el perjuicio causado, no importando si este perjuicio que se ocasiono a alguna o algunas personas fuere en provecho del resto de la comunidad. Porque las autoridades de la República no están instituidas para proteger a la gran mayoría, de las personas residentes en Colombia, sino a todas ellas. No quiere decir esto que no pudiera causarse daño al interés privado cuando se hace necesario en bien del interés público pero cuando esto ocurre, debe en términos generales, el Estado, como administrador de los bienes, sociales de la nación, resarcir el perjuicio causado Para evitar de esta manera su enriquecimiento sin causa de la, comunidad a costa de un empobrecimiento injusto del particular, Porque la razón de ser del erario público es satisfacer mediante, la contribución económica de todos los asociados, precisamente aquellas necesidades, a las cuales cada uno, por sí solo, no podría atender en, primer lugar, las que, se refieren a la protección de la, vida, honra y bienes al mantenimiento del orden y la tranquilidad sociales para la consecución de estos fines puede preverse la necesidad de algunas erogaciones (salarios, dotación de implementos necesarios, gastos de administración construcciones, etc.); pero hay otras erogaciones que no se pueden prever y cuya carga, en ocasiones, es soportada por una algunos de los asociados: en ambos casos se busca beneficiar al conglomerado entero y los recursos económicos necesarios deben allegarse de la tributación general'.

Y nuestro derecho constitucional, los artículos 30 y 31 de la Carta fundamental dejan ver claramente su inspiración en el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. El mencionado artículo 30, después de declarar que el interés privado deberá ceder al interés público o social, preceptúa en el inciso tercero que "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador podrá haber expropiación mediante sentencia judicial sin indemnización previa. Y el 31, Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que ellas deben quedar privados ,del ejercicio de una industria lícita".

"De otro lado en nuestro derecho administrativo se reconoce el deber de indemnizar a las personas a quienes se ocasionen perjuicios con motivo de la realización de trabajos públicos. No pueden estas personas impedir su realización de dichos trabajos y en esto cede su interés en favor del interés público: derecho que no puede sino inspirarse en el mismo principio de la igualdad de los individuos ante las cargas publicas". (Sentencia de mayo 23 de 1973. Vitalia Duarte de Pinilla contra la Nación. Ponente: Alfonso Castilla Sáiz. Expediente número 978, aún no publicada).

10. Y sobre responsabilidad conjunta o compartida, por falla del servicio y culpa personal del agente la corporación sentó las siguientes tesis en la cual, no obstante reconocer la concurrencia causal frente al daño de la falla administrativa y la culpa personal del agente, hace responsable al Estado, por la totalidad de la indemnización.

"Resta ver si el hecho dañoso lleva a configurar la denominada 'falla del servicio'.

"Es evidente, y así se desprende de los autos, que cuando se sucedió el accidente el agente de la Policía Nacional, si bien estaba investido del carácter de tal no se hallaba en ejercicio de sus funciones sino en 'franquicia'. Pero sin embargo llevaba consigo una carabina de dotación oficial.

"Se descarta desde luego, por lo que se deduce del expediente, que el agente Galeano hubiera tenido la intención de herir al actor. Pero, se pregunta la Sala, cómo podría calificarse el hecho de que Galeano se presentara a una fiesta con una carabina que en ningún caso puede afirmarse que fuera un arma de defensa personal y además qué su manejo requiere especial cuidado?

"Aparece aquí lo que puede denominarse culpa personal del agente en la acepción que le da a dicho vocablo tanto el artículo 63 del Código Civil como el 12 del Código Penal por cuanto Galeano obró con imprudencia, con descuido al llevar consigo la carabina de dotación a una reunión social.

"Pero bien puede suceder, como en diversas oportunidades lo ha expuesto esta sala, que se presente la coexistencia de una culpa personal y una falta o falla del servicio. ¿En qué consiste esta?

"El reglamento de servicio de guarnición para las Fuerzas Armadas adoptado por Resolución número 8345 de 1968 originaria del Ministerio de Defensa prohíbe expresamente sacar armas de dotación oficial al personal cuando ésta esté de franquicia y el agente Galeano estando en estas condiciones es (de franquicia) sacó un arma (carabina) de dotación oficial.

"Sobre el particular, los hermanos Mazeaud en su obra 'responsabilidad civil (Tomo III, volumen I, página 15) se expresan así:

"Existe, coexistencia de una culpa personal y de una falta de, servicio en dos casos:

"De una parte cuando dos culpas distintas cometidas la una personalmente por un agente de la, administración e impersonalmente la otra por él servicio administrativo han concurrido a la producción del daño. Ocurre así cuando un militar sustrae un vehículo del Ejército gracias a la negligencia con que eran guar-

dados esos vehiculos'.

"No sobra citar una vez más como lo ha hecho la Sala en varias oportunidades para sustentar algunos de sus fallos. Al profesor José de Aguiar Díaz quién en su obra 'Tratado de Responsabilidad Civil' (tomo II, página 223), dice:

" Hasta en casos de culpa personal del funcionario, el análisis profundo del hecho llevará, a la convicción de la culpa del Estado. Que habrá obrado mal. por lo menos por vía de la circunstancia de haber puesto al agente en contacto con la víctima, así como proporcionado a aquél la oportunidad y tal vez los medios de perjudicarla.

"Pero podría arguirse que Galeano sacó la carabina ' con permiso' de su superior. Esto exime de responsabilidad a la administración. Ciertamente no por cuanto un agente de esta violó claramente el reglamento y es por tanto perfectamente aplicable al presente caso lo que Aguiar Díaz dice en el párrafo antes transcrito:

" En otras palabras la violación del reglamento de guarnición para las fuerzas armadas por parte de Galeano y de su superior inmediato debe calificarse como una falla del servicio.

" Lo dicho hasta aquí ha sido suficiente para concluir que en caso sub lite se presenta la 'coexistencia de una culpa personal y una falla del servicio" que sucede entonces?

"Se trata de un caso de responsabilidad conjunta, vale decir, de responsabilidad de la administración y responsabilidad del agente de esta., En tales circunstancias el actor podía, demandar a aquella o a su agente. Optó por demandar a la administración la cual, se dice nuevamente, es responsable por una 'falla del servicio', lo cual no quiere decir que ésta no puede repetir contra su agente, por la cantidad a que fuere condenada'. (sentencia de marzo 22 ,de 1974. Actor: Juvenal Quitián. Ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis. expediente número 1335).

11. Sobre responsabilidad de la, Nación por falla en, el servicio de aeropuertos al cuidado del Departamento Administrativo de Aeronáutica, Civil y "en accidentes de naves aéreas de empresas particulares, dijo esta corporación:

"La Constitución señala los fines primordiales que persigue el Estado colombiano al establecer en su artículo 16 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'"

"De este precepto se deduce que la primera y más importante de las obligaciones estatales es la de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, protección que constituye el fundamento de la mayoría de las actividades realizadas por el Estado.

"Esas obligaciones se cumplen no solo a través de la disposición de medios de defensa sino de manera especial por medio de la creación de organismos eminentemente activos, encargados de regular y prestar los servicios.

"Las características de la responsabilidad por falla del servicio, son la de ser una responsabilidad **primaria** no subsidiaria, es decir, que recae en él ente administrativo en primer lugar, es **objetiva**. 'Hay falla cada vez que hay violación de la ley del espíritu del servicio' (La Responsabilidad en el Derecho Administrativo, Charles Rosseau, Págs. 72 y ss.).

"Para garantizar la vida y bienes de los asociados, además de la fuerza pública del Estado ha creado una serie de organismos que en ocasiones prestan los denominados servicios públicos y en otras vigilan su buen funcionamiento.

"Entre esos organismos encargados del cumplimiento del mandato del artículo 16 de la Carta, se encuentra el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, cuyas funciones señaladas en el Decreto 3140 de 1968 en relación con el transporte aéreo son, entre otras, las siguientes:

"Artículo 1° El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil tendrá las siguientes funciones:

- a) Reglamentar, orientar e inspeccionar el comercio aéreo y la aviación civil
- b) Controlar el tráfico aéreo;
- c) Efectuar la operación de las comunicaciones aeronáuticas;
- d) Construir, instalar, administrar y mantener las obras y elementos de infraestructura aeronáutica;
- e) Las que se relacionan en general con la aviación civil y el transporte aéreo y las demás que le señalan las disposiciones vigentes y que no sean contrarias al presente decreto.

Parágrafo. El Departamento cumplirá las funciones contempladas en el ordinal d) de este artículo como administrador del Fondo Aeronáutico Nacional que se crea con el presente decreto.

“a).....

“b) Ejercer las funciones de representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional;

"Artículo 6o Son funciones de la División de Control Técnico:

“

"c) Expedir, renovar y cancelar los certificados y licencias determinados por las normas y reglamentos adoptados por el Departamento.

"Artículo 7o Son funciones de la Sección de Control de Personal Aeronáutico:

"a) Preparar normas y reglamentos para la expedición y renovación de las licencias del personal aeronáutico:

"b) Realizar las inspecciones y exámenes necesarios para la expedición o renovación de licencias al personal aeronáutico, escuelas y aeroclubes en relación con su especialidad y de acuerdo con la reglamentación general;

c) Expedir, renovar y cancelar las licencias al personal aeronáutico;

d) Realizar inspecciones periódicas al personal de vuelo, instructores y personal de tierra dedicados a las distintas especialidades de la aviación civil, escuelas y aeroclubes de acuerdo con, la reglamentación general, con el fin de comprobar el cumplimiento de las normas respectivas adoptadas por el departamento;

“e) Llevar el registro del personal aeronáutico;

“

"l) Dar normas para la práctica de exámenes médicos al personal aeronáutica y seleccionar los medios delegados del departamento.

"Artículo 9° Son funciones de la Sección de Control de Operaciones:

"a) Preparar normas y reglamentos para el funcionamiento y operaciones de aeropuertos y facilidades de navegación aérea y para la expedición de las licencias correspondientes

"b) Preparar y reglamentar normas referentes a las áreas de aproximación a los aeropuertos. Alturas máximas de las construcciones en estos o en sus alrededores, sistemas de señales y luces de las mismas etc., y sobre utilización del espacio aéreo;

"e) Realizar las inspecciones necesarias para la expedición y renovación de licencias en lo relacionado con su especialidad

"d) Expedir, renovar y cancelar licencias para el funcionamiento y operación de aeropuertos y facilidades de renovación, de acuerdo con las normas y reglamentos adoptados

"e) Realizar inspecciones periódicas de las empresas y entidades dedicadas a la aviación civil y comercio, aéreo, aeropuertos, instalaciones para la navegación aérea, etc., de acuerdo con la reglamentación general, con el fin de comprobar el cumplimiento de las normas sobre operación de los mismos, adoptadas por el departamento.

"

"

"Artículo 15. Son funciones de la División de Seguridad Aeronáutica:

" a) Revisar los factores humanos, materiales y ambientales, para reducir los riesgos de operación;

"

"

"b) Planear los sistemas de telecomunicaciones aeronáuticas, ayudas de navegación y meteorología;

"c) Construir y mantener, con arreglo a los programas adoptados, aeropuertos y otras estructuras

"d) Instalar y mantener, de acuerdo con los respectivos programas las ayudas de navegación, facilidades de comunicación, meteorología y los sistemas de

iluminación y generación eléctrica".

"Artículo 23. Son funciones de la División de Servicios de Aeropuertos

"b). Desarrollar y supervisar la ejecución de los programas de seguridad, con el fin de proteger a todos los usuarios de los aeropuertos, incluyendo programas para combatir incendios, para rescate, escogimiento, obtención de equipos apropiados conforme a los procedimientos indicados en el respectivo manual;

"
"

"i) Responder por la conservación de los aeropuertos;

"J) Coordinar con la División de Entrenamiento los programas básicos de instrucción del personal encargado de la prestación de servicios en los aeropuertos;

"
"

"La División de Servicios de Aeropuertos será el organismo del cual dependen administrativamente todos los aeropuertos y, por tanto, responderá ante la jefatura, del correcto funcionamiento de ellos".

"De las normas antes transcritas se deduce claramente que el Estado a través del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil cumple las funciones de protección de la vida y bienes de las personas en el ejercicio del transporte aéreo mediante la expedición renovación y cancelación de los títulos de idoneidad del personal aeronáutico, así como de las licencias y de los aeropuertos; e igualmente, con las continuas inspecciones a las aeronaves, aeropuertos y al personal aeronáutico, y la obligación de mantener en perfecto estado aeropuertos y otras estructuras.

"En otras palabras: aunque el servicio del transporte aéreo es prestado por los particulares, la eficiencia tanto del equipo humano como la de las aeronaves en que se presta está garantizada por el Estado, de tal manera que regularmente en Colombia no se puede realizar un vuelo sin el visto bueno del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

"Igualmente de estas consideraciones se desprende: a) Que las empresas aéreas, cuyo reconocimiento legal emana de actos del Gobierno (Ley 89 de 1938) solo podrán contratar el personal que posea títulos de idoneidad expedidos por las autoridades aeronáuticas colombianas y confiarán, necesariamente como todos

los colombianos, en que ellos se han expedido en forma regular; y b) Que los usuarios del transporte utilizan confiadamente este medio de locomoción por las garantías que el Estado les presta al inspeccionar, vigilar y controlar el personal y los equipos aéreos.

"Por ello, siendo las obligaciones emanadas del artículo 16 de carácter fundamental y la responsabilidad surgida de su incumplimiento primario, no puede aceptarse como causal exonerativa el hecho de fallas humanas que han sido toleradas por las autoridades aeronáuticas al someterse á los exámenes periódicos al personal aeronáutico o que se han presentado en otros accidentes a las mismas personas. Si el transporte aéreo es, como lo denominan los civilistas una actividad peligrosa, requieren operarios de optima idoneidad y corresponde por tanto, a las autoridades retirar del servicio a aquellas personas que *por* una o varias veces cometen fallas que pongan en peligro la vida y los bienes de los usuarios.

"Y no se olvide que esta obligación estatal en el transporte aéreo no se prestaba en forma gratuita, pues tanto los pasajeros como las aeronaves pagan tasa (no impuestos) por los servicios prestados por la Aeronáutica Civil.

"De todo lo anterior se concluye que el Estado colombiano será responsable de los daños ocasionados en el transporte aéreo cuando quiera que ellos ocurran por falla en el servicio de aeropuertos, o en fallas humanas conocidas *por* las autoridades aeronáuticas o que estas debieron conocer, o por fallas de los equipos de aeronavegación por no inspeccionarlos, y finalmente cuando quiera que omitieren el cumplimiento de las funciones encomendadas a la entidad para el cumplimiento del mandato del varias veces citado artículo 16, con los usuarios del transporte aéreo."

"Sentado lo anterior, se pasa a estudiar en el presente caso si se encuentran demostrados, los elementos que configuran la 'falla o falta del servicio' así: un hecho positivo o negativo o una operación administrativa o una vía de hecho imputable a un ente público; un daño y una relación de causalidad entre el segundo y el primero.

"Del informe del accidente de aviación de fecha 7 de mayo de 1971, se demuestra que el día 20 de noviembre de 1969 se accidentó en el aeropuerto de Tame la aeronave HK-1350, modelo Curtiss C-47 de propiedad de la empresa 'Aerocarga Limitada', sufriendo daños substanciales en la estructura de nariz, motor número 1 flap izquierdo y rueda de cola'.

"Según lo observado, en la inspección judicial llevada a cabo por, el Consejero sustanciador el día treinta de octubre de mil novecientos setenta y dos, se prueba que el aeropuerto de Tame tiene una pista sin pavimentar, con bastante gravilla suelta y piedras de regular tamaño' que afecta la normal operabilidad de las aeronaves y produce grandes daños a las llantas" de los aviones y que posee una,

zona de seguridad 'que es peligrosa para cualquier despegue o aterrizaje', que no corresponde a las especificaciones señaladas por el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, para los aeropuertos tipo D. Estas deficiencias se encuentran corroboradas, por el informe antes citado, que reconoce la existencia de una zanja cerca del borde de la pista y promontorios de tierra, removida (folio. 54 y 59, del cuaderno número 4).

Finalmente tanto en el informe a, que se ha hecho referencia por la Sala anteriormente como en el visible a folio 79 del cuaderno, número 4, se narran una serie de accidentes sufridos por, el piloto Alfonso Rueda Arias desde el año de 1948 al, efectuar las operaciones de aterrizaje de aeronaves por su tendencia 'a entumecerse en los controles y el brusco uso de los frenos'. Y el mismo informe dice que ello resulta apenas natural y consecuente en razón de los antecedentes de incapacidad técnica demostrados en los accidentes anteriores sufridos por el piloto'.

"Ahora bien: si el accidente del avión de propiedad de la de mandante tuvo sus causas en las deficiencias de la pista del aeropuerto de Tame y en deficiencias del piloto que la comandaba, deficiencias que eran conocidas por las autoridades aeronáuticas desde tiempo atrás, y a pesar de las mismas le había renovado su licencia, tiene que concluirse, además, por el hecho de ser el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el responsable del estado de los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutica Nacional, que la Nación incurrió en una falla de servicio que compromete su responsabilidad.

" No puede sostenerse que en el presente caso exista coexistencia de falta de servicio y culpa de la víctima, pues el piloto no es la demandante y además ésta lo tuvo a su servicio por poseer licencia o título de idoneidad técnica expedida y renovada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

"Por lo anterior en la parte resolutive de este fallo se declara la responsabilidad de la Nación colombiana (en el accidente de aviación ocurrido en la población de Táme el día veinte de noviembre, de mil novecientos sesenta y nueve".

12. Sobre la responsabilidad del Estado por falla en los servicios notariales, expuso esta corporación:

"Esta institución tiene su fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que prescribe que las autoridades están instituidas para proteger la vida, bienes y honra de los habitantes de la nación. Por ello, cuando el Estado, bien por omisión, acción, etc., es decir, por actuaciones (llamadas hechos, operaciones o vías de hecho) positivas o negativas, vulnera los bienes tutelados en esa norma, razón de ser del Estado colombiano, falla en la prestación de sus servicios y es procedente el condenarlo a indemnizar los daños causados en esa actividad.

"Según las normas legales (hoy el artículo 19 del Decreto 2136 de 1970) el 'Notariado es un servicio del Estado, que se presta por, funcionarios públicos'.

"El Legislador, al codificar todas las normas existentes sobre el servicio de notariado y luego al puntualizar la naturaleza de éste, en el Decreto 960 de 1970 expresó que las obligaciones del Notario, eran entre otras las de dar fé, de la correspondencia o identidad que existe entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal, redactar los actos que se celebren ante él, recibirlos personalmente en general, el notario dada la calidad que la ley le imprime a los actos que se celebran ante él, debe vigilar cuidadosamente el cumplimiento de las "formalidades legales y garantizar la seriedad del documento que, las partes suscriben

“ Y si el Estado presta un servicio de protección de los bienes y la disposición de ellos mediante el establecimiento de oficinas notariales, encargadas de brindar la máxima seguridad a los actos traslaticios de dominio y constitutivos de gravámenes sobre la propiedad privada, fallará ese servicio cuando quiera que por hechos Imputables a los funcionarios se vean desprotegidas las personas en sus bienes y honra. En otras palabras, cuando por el no cumplimiento de las obligaciones notariales un documento suscrito ante un notario pierda la calidad de acto jurídico amparado por la presunción de autenticidad y veracidad, y con ello se produzca un perjuicio de carácter patrimonial a algunas de las partes que suscriben tal documento, la Nación habrá fallado en el cumplimiento de una de las obligaciones emanadas del artículo 16 de la Constitución Nacional.

"Y como toda falla del servicio genera responsabilidad de la administración así se deberá declarar en el caso de que el particular ofendido haya iniciado proceso por esa omisión ante la jurisdicción contencioso administrativa.

"Pues bien: en el presente negocio se tiene que con las declaraciones que obran a folios 22 y 23 vuelto, 28, 33 vuelto, 34, 49 vuelto, 52, 62, vuelto, 64 vuelto, 70 vuelto y 33 del cuaderno número 2 y 12 a 16 del cuaderno número 4, se llega a la conclusión de que la Notaría Primera de Calarcá no cumplió con las obligaciones que tenía de presenciar la suscripción de la escritura de hipoteca número 570 de 2 de septiembre de 1969, pasada ante esa Notaría ni identificó a las partes, dando con ello lugar a que se expidiera un documento público que luego por falsedad documental incurrida en su suscripción quedando, por tanto la demandante sin la protección real de su crédito y aún sin el crédito mismo, pues es lógico que si fué engañado con la constitución de una garantía será burlada con el pago del mutuo.

"Todo lo anterior indica que el servicio notarial prestado en la Notaria Primera del Circuito de Calarcá falló al extender la Escritura número 570 de 1969, y por ello, debe declararse la responsabilidad de la Nación y condenarse al pago de los daños sufridos por esa falla.

"Es indiscutible que habiéndose declarado por la justicia ordinaria la nulidad del gravamen hipotecario y ordenado la cancelación del registro del mismo; la demandante carece hoy de una garantía para el cobro del préstamo que hizo a quien dijo llamarse Benjamín Villegas.

"Por otra parte, la conducta del Notario de Calarcá propició que la actora fuera víctima de otra estafa, al prestar un dinero a una persona que no, conocía pero quien le brindaba la máxima garantía consagrada en la ley para negocios de mutuo."

"Debe, anotarse que el hecho de que las pruebas practicadas dentro de un proceso para ser apreciable, sin más formalidades en otro hayan tenido que practicarse la petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella, no le quita el valor de pruebas a las que no llenan estos requisitos solamente que en esos casos la convicción debe estar acompañada de otros elementos probatorios. Por ello, podrán ser tomados como indicios que junto a otras pruebas demostrarán el hecho que se pretende probar.

"Las anteriores consideraciones son suficientes para declarar la responsabilidad de la Nación. (Sentencia de 15 de mayo de 1975, Ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis. Expediente número 1454. Actora: Débora López P.)

13. En relación con las actividades peligrosas ejercidas por el Estado parece sugerirse una presunción de responsabilidad, en el fallo que a continuación se transcribe, en lo pertinente. También es importante observar como reconocida la concurrencia de las culpas de la administración y del particular, se reconoce, a cargo del Estado, únicamente el 150% de la indemnización, solución contraria a la que se había dado en el fallo de marzo 22 de 1974, reseñado en el numeral 99 de esta sentencia.

"Lo anterior es cierto, pero el señor Fiscal olvida que el conductor del taxi, al igual que el conductor del jeep, ejecutaban también actividad peligrosa lícita por lo cual la presunción a que se refiere el señor agente del Ministerio Público es recíproca y no pesa solamente sobre uno de los conductores. Además obra en el proceso la prueba de que los dos conductores se encontraban en segundo grado de embriaguez. o.

" En cuanto a la responsabilidad del conductor del jeep fundada en la circunstancia de que el taxi viajaba por vía preferencial y que aquél lo respetó, se observa que la circunstancia de transitar por una vía de preferencia no autoriza a los conductores de vehículos para no observar por lo menos un mínimo de reglas de prudencia tales como abstenerse de cruzar la vía si otro vehículo ya ha entrado a ella y prácticamente la ha ganado. En el caso de autos, según croquis que obra a folio 8 del cuaderno número 2 la colisión ocurrió en el eje de las vías. En este caso y aunque se tenga la prelación de la vía una elemental prudencia "indica que

no debe hacerse el cruce, o en otras palabras, no se debe tratar, de atravesar la calzada -mientras el otro vehículo no termine de hacerlo. Todo lo cual quiere decir que en el presente caso se configura el fenómeno de concurrencia de culpas, (Artículo 2357 del C.C.). En efecto, sobre ambos conductores recae la presunción a que se refiere el señor Fiscal por lo que los dos ejercían en el mismo momento una actividad peligrosa, los dos conductores, se encontraban en el mismo estado de embriaguez, y por, último el jeep ya había entrado al eje de las vías cuando se produjo la colisión. En este sentido, pues, habrá de modificarse la sentencia apelada" (Expediente número 1631. Actor: José Luis Gómez, sentencia de octubre 24 de 1975. Ponente: doctor Alfonso Castilla Sáiz).

14. Sobre los requisitos para acreditar la responsabilidad del Estado y la necesidad de que se trata de hechos relacionados con el servicio, como presupuesto necesario para indagar luego la existencia de la falla que se dijo

" En innumerables ocasiones el Consejo de estado ha precisado que la responsabilidad de los entes públicos se basa en la denominada teoría de la 'falla del servicio' que tiene su fundamento jurídico en las normas de los artículos 16 de la Constitución Nacional y 68 de la Ley 167 de 1941, no siendo por tanto, aplicables las disposiciones del Código Civil.

"Igualmente, en las sentencias proferidas por la corporación se han especificado los elementos que configuran la 'falla o falta del servicio, así: Un hecho positivo o negativo o una operación administrativa no escrita o una vía de hecho imputable a un ente público; un daño y que exista una relación de causa a efecto entre el primero. y el segundo.

"Así mismo, se ha sostenido que constituye causa exonerativa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho dañoso no sea imputable a la administración. Y se dice que no es imputable cuando quiera que sea producido por la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por el acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito.

'De la misma manera, se ha expresado que la exoneración puede ser total o parcial según que en la producción del hecho dañoso solamente intervengan los eventos antes enunciados o por, el contrario; participe también en parte la acción o la omisión administrativa.

"Pero si para deducir la responsabilidad de los entes públicos no se acude a las nociones del derecho civil de culpa o presunciones de la misma en determinadas actividades, para establecer si el hecho proviene de un tercero o de la víctima tiene que acudir a esas nociones que es claro que los particulares solo responden por los hechos que cometan con dolo o culpa aun tratándose de ciertas

actividades denominadas peligrosas en las cuales se presume la segunda.

" Ahora bien: En el presente caso se tiene que como lo afirma el señor agente del Ministerio Público, afirmación que la sala comparte, es cierto que:

"El actor hace consistir la falla del servicio en la acción del detective Henry Sandoval. Quien de manera imprudente disparó su arma de dotación oficial, carece de veracidad. En efecto:

"En el cuaderno número 3 a folios 15 y siguientes aparece, en copia auténtica las piezas que componen informativo levantado en el Departamento Administrativo de Seguridad a raíz de los hechos que dieron base a esta acción. De esos documentos se desprende, que, tal como lo manifestó el detective Sandoval ante los investigadores, el arma no era de dotación oficial. Sino que era de su exclusiva propiedad. Existen varias declaraciones al respecto y sobre todo a folio 38 aparece como auténtica del acta de entrega de dicha arma efectuada por el señor Inspector General del DAS al detective Henry Sandoval entrega que se hizo después de que finalizó la investigación por los hechos ocurridos. De dicha acta se desprende que el arma en mención era, de propiedad del detective Sandoval.

"De modo pues, que está comprobado en el expediente que el arma que causó las lesiones al actor, no era de dotación oficial.

"Ahora bien: del informativo Que atrás se mencionó, así como de las demás pruebas aportadas al plenario, se desprende que los hechos en que resultó herido el actor se sucedieron accidentalmente, cuando el detective Sandoval enseñaba al actor su arma para señalarle un defecto o daño que necesitaba reparar, y con el objeto de que el hoy demandante le recomendara la persona idónea para hacer dicha reparación. Por parte alguna se ve que el accidente se hubiese presentado con ocasión del servicio; en ese momento, los protagonistas no estaban actuando como empleados oficiales sino como simples particulares y por lo tanto sería absurdo observar que se hubiere presentado una falla del servicio. El hecho de ser empleado público el heridor no es suficiente a juicio de la Fiscalía para deducir responsabilidad de la Nación por el hecho cometido; aceptar lo contrario sería tanto como decir que es suficiente para condenar a la nación que se presente, una falla en los servicios que reemplazaría para estos efectos "la falla del servicio

"En resumen: no configurandose la falla del servicio mal puede proferirse sentencia condenatoria". (sentencia de marzo 3 de 1975. Ponente doctor Carlos Portocarrero Mutis. Expediente numero 1389).

15. En cuanto a la responsabilidad del Estado por fallas en el servicio de Policía por acción y omisión, es importante, la Sentencia que, en lo pertinente se transcribe

"La estructura de una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado no ha sido el resultado de elucubraciones que han pretendido crear una figura intelectual más o menos semejante a las del derecho común. La responsabilidad estatal tiene su fundamento en la esencia jurídica del denominado "Estado de Derecho".

" Si el Estado tiene como fin la colaboración con, el ciudadano en la búsqueda y realización del bien común, es lógico que ello implique para él mismo una serie de obligaciones.

" Para que el ente estatal cumpla con esas obligaciones ha sido investido de innumerables poderes tendientes a regular la vida en sociedad y a satisfacer las necesidades de los miembros de la comunidad.

" Por ello, tiene que concluirse que cuando el Estado no cumple con la misión que le ha sido encomendada o cumple defectuosamente, o al cumplir causa daños a alguno de los miembros de la comunidad incurre en responsabilidad (Sentencia de noviembre 4 de 1975. Actor: José Ignacio Arboleda. Ponente doctor Carlos Portocarrero Mutis. Expediente número 1494).

16. Sobre responsabilidad especial que por mandato legal expresó, cabe a la compañía "Puertos de Colombia", objetiva, según los términos de la ley, dijo la corporación:

"La Empresa 'Puertos de Colombia', fue creada como persona jurídica autónoma, con patrimonio y organización propios, por la Ley 154 de 1959, con el objetivo principal de entregarle la organización y administración de los terminales y puertos nacionales, y el cobro de distintos derechos, entre otros, los de bodegaje de que trata la Ley 79 de 1931.

"Por disposición del artículo 89 de la citada ley, 'Puertos de Colombia', asumió la 'responsabilidad total del manejo de la carga dentro de las zonas portuarias' .

" El Decreto-ley 3160 de 1968. Adscribió, en su artículo 29, al Ministerio de Obras Públicas la Empresa Puertos de Colombia, y por sus artículos 45 y siguientes señaló sus funciones dentro de las bases ya indicadas por la Ley 154 de 1959, y, de los Decretos 1050 y 3130 de 1968: se aprobó el estatuto de 'Puertos de Colombia por Decreto 730 de 1971. según el cual, es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de la dirección, administración, explotación, conservación y mejoramiento de los terminales marítimos y de los servicios propios de tales actividades, tales como embarque, desembarque, movilización y

almacenamiento de la carga que salga, entre, permanezcan, o circule dentro de la jurisdicción marítima o terrestre de los puertos nacionales incorporados a Puertos de Colombia, entre los cuales está el de Buenaventura, según previsión de la Ley 154 de 1959.

" El Decreto-ley 630 de 1942, en su artículo 2°. sustitutivo del artículo 55 de la Ley 79 de 1931. Fijó los términos de la responsabilidad del Estado por mercancías almacenadas en bodegas oficiales, así: "salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida, o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

" En el expediente objeto de la consulta, como acertadamente lo reconoce el a-quo aparecen plenamente probados los siguientes hechos: la pérdida de una mercancía de propiedad de la sociedad demandante, en las bodega del establecimiento publico 'Puertos de Colombia' en Buenaventura, la preexistencia de tal mercancía, su clase, cantidad, costo y valor de los impuestos pagados, todo con prueba documental y corroborado con el dictamen pericial producido en el plenario.

" Mas conviene observar, que pagados los impuestos de importación y agotados todos los tramites propios de la nacionalización de la mercancía, surgió para la demandante el derecho a recibir la mercancía, correlativo de la obligación surgida para Puertos de Colombia de entregarla. En este momento mal puede hablarse de obligación de indemnizar ni mucho menos de una suma indemnizatoria, y, por ende, menos fundamento existe, para decir que dicha suma fuere exigible. Hasta allí, lo evidente era 'la obligación a cargo, de la demandada de entregar a la demandante, la cosa' depositada (Arts. 1605 y 1606 del C. C.).

"Surgida la certidumbre de la pérdida de la mercancía, y por lo mismo, evidente que la obligación de entregar se tornaba imposible, surgió a la vida Jurídica, en cabeza de la actora la pretensión indemnizatoria en su doble dimensión de daño emergente y lucro cesante, objeto necesariamente de un juicio contencioso administrativo en el que aquellos perjuicios compensatorios se alegaren y probaren y en el cual, resultaba o podía resultar legítima la contra-pretensión o la simple defensa de la demanda, para acreditar los medios exonerativos de responsabilidad previstos en el artículo 29 del decreto-ley 630 de 1942. Artículos 1613 y 1614 del Código Civil (sentencia de abril 23 de 1976. actor: Ferretería Cidema S.A. Expediente número 01925: Ponente: doctor Jorge Valencia Arango).

Resumen de la Jurisprudencia actual sobre responsabilidad extracontractual del Estado

La Sala ha considerado conveniente, dado el planteamiento jurídico de la demanda, el compendio de la jurisprudencia nacional sobre las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado a efecto de hacer un análisis de la situación actual de dicha jurisprudencia con el fin de presentar esquemáticamente lo que es y ha sido el criterio jurisprudencial de la corporación, al respecto, para decidir, conforme a el, el asunto sub-judice, o, para hacer, si se viere necesario los replanteamientos correspondientes.

De ahí que a manera de resumen se puedan sacar las siguientes conclusiones:

- A) La responsabilidad extracontractual del estado no puede ser estudiada y decaída a la luz de las normas del código civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales por encontrar en dicho estatuto mediante inteligentes y sutiles teorías las fuentes del derecho positivo determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual sus modalidades y alcances.

Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la constitución política especialmente en las que conforman el título III de dicho estatuto que trata “ de los derechos civiles y garantías sociales” constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la nación como estado de derecho y de sus autoridades como personeros del mismo, guardianes de su integridad y ejecutoras de aquellos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento del estado y del sometimiento del conglomerado humano a sus poderes exorbitantes.

y entre tales normas, la jurisprudencia ha hecho rendir, mediante profundo análisis de su contenido filosófico, jurídico Y político, todas sus consecuencias a las previsiones contenidas en los artículos 16, 20, 21, 39, 31, 32, 33, 35, 44, 45 Y 51, que aparecen hoy, por reiteradas decisiones de la corporación, como soportes jurídicos principales de la responsabilidad extracontractual de la administración, lo mismo que sus desarrollos legislativos contenidos en el Código Contencioso Administrativo tales como los artículos 62 y ss., 67, 68 Y 69, entre otros; y las normas del Decreto legislativo 528 de 1964, artículos 20, 28, 30, 32, entre otros, además de las leyes especiales sobre la materia.

- B) Entre los casos en que se configura la responsabilidad del Estado, fuera del contrato, sus categorías y modalidades, pueden deducirse, de las comentadas decisiones de esta corporación, las siguientes:

1. La naciada del Acto Administrativo

Dentro del juicio contencioso administrativo de plena jurisdicción, la nulidad del acto jurídico administrativo, conlleva como consecuencia lógica y necesaria la del restablecimiento del derecho lesionado.

Acá, la causa o fuente de la responsabilidad radica exclusivamente; en la ilegalidad del acto administrativo, sin que sea necesario investigar otras fuentes de responsabilidad como la "falla o falta del servicio".

"En los artículos 118, 119. 120, primera parte del 121 y en algunas otras disposiciones adicionales de la Constitución se reglamenta la función administrativa del Estado y en las normas 2ª y 16 se señalan los límites de su ejercicio. La Ley 167 de 1941, en armonía con esos textos, desarrolla idénticos principios y organiza las acciones aplicables.

"Nuestro sistema jurídico 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 organo, 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 Ley 167 de 1941 desarrolla la misma orientación organicista La denominación de su capítulo séptimo por sí sola, acusa una aguda concepción formalista, cuando identifica las nociones jurídicas del acto administrativo y de acto de la administración para los efectos jurisdiccionales. En los artículos 62 y siguientes se relieves, más aún esa marcada tendencia. Allí se numeran 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

" El acto jurídico, como concepto genérico, es una, manifestación de voluntad. Y el acto jurídico-administrativo, como noción específica, es una manifestación de la voluntad administrativa. Constituye una decisión que como tal es siempre voluntaria. La aplicación del derecho, es una actividad consciente dirigida por la voluntad. Su finalidad concreta es la de producir efectos jurídicos. Todo acto administrativo es el desarrollo o la culminación del querer de la administración dirigido a obtener determinadas consecuencias de derecho, como los mandatos constitucionales y legales que aplica el órgano ejecutivo dentro de la órbita de su competencia no tienen objetivo distinto que el de crear situaciones de derecho, la decisión que los aplica ha de perseguir idénticas finalidades y ha de generar las mismas consecuencias jurídicas.

"Así, pues, para que exista el acto administrativo se requieren solamente estos requisitos: que haya una decisión de la administración, y que ella produzca efectos

de derecho. No es indispensable que el acto aparezca escrito, Esta formalidad se exige para los ordenamientos de carácter general y abstracto, y para los de contenido particular y subjetivo que deban notificarse.

"Ciertamente que la función administrativa se cumple ordinariamente por medio de decisiones escritas: reglamentación de las leyes, nombramientos, y remociones, celebración de contratos administrativos, permisos; etc. La estabilidad de las situaciones jurídicas que esos actos crean, la correcta organización del servicio público, las circunstancias normales en que actúa el Gobierno al expedirlos, aconsejan y hacen necesaria la utilización de los procedimientos escritos. La misma ley impone la obligación de apelar a ellos cuando expide decisiones que deben 'publicarse o notificarse. Pero el artículo 120 de la Constitución 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 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 tales momentos de urgencia se toman son actos administrativos no sólo porque así se infiere del artículo 120 numerales 6° 7° 8° y 9° sino porque las profiere la administración con la finalidad de producir efectos de derecho. La naturaleza jurídica del ordenamiento no se altera por la existencia o inexistencia de un escrito. Esta doctrina fluye espontáneamente de los textos constitucionales y de la índole propia de la función que se ejercita. Es evidente que el uso de los procedimientos escritos o verbales tienen trascendencia jurídica desde el punto de vista probatorio y especial importancia para ciertos efectos jurisdiccionales, como se vera posteriormente esa calidad intrínseca para en un hecho administrativo como parece desprenderse de la tesis sostenida por el señor agente del Ministerio Público.

"De las anteriores premisas se deduce está conclusión aplicable al caso controvertido: en la primera etapa del negocio estudiado se produjo un acto administrativo no escrito constituido por la orden de retirar los árboles del predio arrendado, y en la segunda etapa un acto administrativo formado por las resoluciones acusadas".

2. Responsabilidad por "falta o falla del servicio"

Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada "Falta o falla del servicio", o mejor aún falta o falla de la administración, trátese de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;

b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

c) Un daño que, implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.;

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.

Obvio habrá casos de concasualidad bien entre la falla y la culpa de la víctima entre la falla y el hecho de un tercero o aún, entre la falla y la fuerza mayor o el caso fortuito, en los cuales la responsabilidad del Estado quedara limitada en la proporción en que su falta o falla, sea reconocida como causa eficiente del daño sufrido, presentándose entonces, la figura conocida en el derecho como "compensación de culpas" o repartición de responsabilidades.

El Estado se exonera de toda responsabilidad cuando demuestra como causa del daño, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o caso fortuito pues en el fondo lo que acredita es, que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado..

También se exonera, cuando el daño es causado por el agente administrativo, en actos fuera del servicio o en conexión con él y cuando la causa del daño es la falta personal del agente, difícil de definir de determinar doctrinaria y jurisprudencialmente, encontrándose, hasta ahora, como ejemplo, como los de aquellos casos en que el agente actúa por motivos pasionales.

El hecho administrativo

“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 mas 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.

"Es la misma Ley 167 la que sugiere que entre las ideas de operación y hecho existen diferencias de índole jurídica. Aunque para efectos jurisdiccionales se les somete a idéntico régimen procesal, en los artículos 68 y 83 se les enuncia como categorías jurídicas distintas. El criterio seguido por el legislador para diferenciar la operación del hecho, no pudo ser exclusivamente el de la materialidad de los actos porque ese elemento es común a ambos y sólo serviría para establecer una identidad que los textos repelen.

"El criterio de distinción 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 solo está limitada solo esta limitada por fuerza que las normas le, otorguen para generar efectos de derecho. Cualquier caso determinado por simples fenómenos físicos, por la conjunción de elementos naturales y humanos, o por la sola intervención del hombre es un hecho jurídico ingenerere, siempre que la ley le asigne consecuencias de derecho. Pero esa percepción general ha sido determinado 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 al, fenómeno de derecho: y el hecho jurídico 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.

"Estos principios básicos explican las diferencias que la legislación colombiana quiso establecer entre los actos jurídico-materiales que integran la operación administrativa, y los acaecimientos igualmente materiales que forman el hecho administrativo. En los primeros siempre interviene, como causa generadora, la, voluntad administrativa del Estado; en los segundos, 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 de un servicio, o de la ejecución de una operación, etc., pueden ocurrir hechos contrarios ala 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 su 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.

"Las consideraciones anteriores, aplicadas al caso controvertido, conducen a esta observación: los actos materiales ejecutados por orden del Ministerio de Agricultura en el inmueble arrendado, no constituyen un hecho administrativo, sino realizaciones materiales anexas a una operación administrativa.

"La operación, lo mismo que el acto, puede ser regular o irregular. La decisión escrita o no escrita que no se ajuste a derecho, conllevará el vicio de ilegalidad a todas las actuaciones ulteriores que desarrolle la administración para ejecutarla. De la misma manera, los actos de realización que no se ciñan a los procedimientos establecidos por la ley, serán irregulares aunque el ordenamiento que pretenda aplicarse sea legal en sí mismo. El principio básico que debe orientar las actividades de la administración cuando emplea los sistemas coercitivos, es el de la proporcionalidad entre la necesidad de imponer el acatamiento al derecho y la resistencia ofrecida por los particulares. Los procedimientos que desborden esos linderos son generalmente irregulares. De acuerdo con esta doctrina, la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actos y operaciones administrativas se aprecia en razón de dos factores: la ilegalidad y el daño.

Actos, operaciones, hechos y acciones:

"En los artículos 67 y 68 se estructura el contencioso privado de plena jurisdicción o de la responsabilidad estatal sobre estas bases: La ilegalidad y la lesión patrimonial. Ambos elementos se coligan y complementan para generar el derecho a la acción y a la indemnización, pero la ley, en consideración a los diversos sistemas de actuación del poder público, a la viabilidad de los procedimientos aplicables, y a la conducencia de las pruebas, establece ciertas modalidades jurídicas diferenciadas en sus matices, en las cuales predominan en mayor o menor grado los conceptos de violación y de daño. Como contrapartida lógica, se desarrollan las ideas de nulidad, de nulidad con restablecimiento, y de indemnización sin anulación.

"El artículo 67 consagra el principio de la responsabilidad estatal por razón del acto administrativo escrito. En ese precepto se parte de la base de que existe la prueba preconstituida de la decisión, de la violación y del daño. Como el acto debe estar publicado, notificado, ejecutado, o comunicado, se cumplen todos los requisitos legales que le dan vida y que lo hacen oponible. El ordenamiento adquiere autonomía y fuerza reguladora. En sí mismo, encierra toda una situación que no requiere de elementos distintos, de los que él mismo contiene en su texto para crear derechos y obligaciones. De consiguiente, la acción se dirige contra un, acto que en sí mismo lleva la prueba de su existencia y de su oponibilidad de la infracción legal y del perjuicio. Todos los elementos de juicio indispensables para el juzgador están contenidos, en un documento, y en su correspondiente notificación. De allí que el artículo 86 exija que se presente copia del acto con las

constancias de su publicación, notificación y ejecutoria. 694

"Pero esta regulación de orden procesal no establece diferencias sobre la naturaleza jurídica del acto administrativo escrito y del acto administrativo verbal. Simplemente se limita, a reglamentar, para efectos jurisdiccionales y probatorios, un procedimiento expedito y sencillo, compatible con las decisiones escritas, pero incompatible con aquellos ordenamientos cuya existencia real no se conoce sino a través del acto material que los ejecuta. En uno y otro caso, las situaciones creadas para el particular, para la administración y para el juzgador, son distintas y, de consiguiente, la regulación ha de ser diferente.

"De conformidad con esta interpretación, el artículo 67 autoriza el contencioso de plena jurisdicción contra toda decisión escrita de la administración que lesione derechos, de los particulares, bien sea un acto administrativo simple y autónomo, o un acto administrativo complejo. Con apoyo en esa norma se pueden atacar también aquellas operaciones administrativas que tienen, su origen directo o inmediato en una decisión escrita, porque al obtenerse la nulidad del acto principal, causa y razón de los actos materiales de ejecución, se puede alcanzar el objetivo esencial de, la acción. El restablecimiento del derecho implicaría la indemnización de los daños ocasionados por los actos materiales de cumplimiento de la decisión anulada. No obstante, para acusar la operación administrativa de liquidación tributaria existe la regla especial del artículo 271.

"El artículo 68 consagra el principio de la responsabilidad estatal por razón de la operación administrativa no escrita y del hecho administrativo. La figura jurídica que ese precepto designa con el nombre de operación administrativa, no es más que una decisión no exteriorizada, seguida de los actos materiales de ejecución. Esa resolución no se ha escrito, no se ha publicado, ni se ha notificado. Simplemente se ha ejecutado. Sólo en virtud de su realización material es conocida por los particulares, en tal forma que se confunden la etapa decisoria y la de la ejecución.

"A la inversa de lo que ocurre con el acto administrativo escrito, en el cual aparece en forma clara la situación jurídica de la administración y del particular, los motivos que se han tenido para crearla y todos los demás factores que sirven para valorar su ilegalidad y el daño que genera, su forma de cumplimiento y los procedimientos de su ejecución, en el acto administrativo tácito no se contiene elemento de juicio alguno y el único punto de referencia que ofrece es el acto material que lo ejecuta. Consiguientemente, la posición de la administración y del individuo es distinta no sólo en cuanto a la valoración jurídica de la decisión, sino en cuanto a la prueba de su existencia.

"Es esa la razón para que la ley estructure el contencioso, contra las operaciones administrativas materiales sobre la base del acto físico de cumplimiento, único elemento demostrable, y del consiguiente daño. Sólo, a través de ese acto

material se puede, configurar la acción y la responsabilidad. De allí que no sea necesario solicitar ni decretar la nulidad de una decisión que sólo se conoce parcialmente y por los efectos que origina su ejecución, aunque ese ordenamiento haya sido realmente contrario al derecho.

"El acto administrativo escrito o tácito la operación administrativa en todas sus fases, y los, actos materiales de ejecución, conllevan la idea, de voluntariedad y de intención. Hay en ellos siempre un propósito determinado determinado. Distintas son las características del hecho administrativo involuntario, porque éste carece de relación directa con una decisión o acto administrativo escrito o tácito y solo surge con ocasión del cumplimiento de un acto, de una operación o de la prestación de un servicio, pero sin que la voluntad administrativa del Estado haya intervenido como elemento generador inmediato del suceso. De allí que en estos casos la, doctrina jurídica y el artículo 68 estructuran la responsabilidad estatal sobre la base objetiva de la falta de servicio o del riesgo creado. No hay decisión alguna que atacar, legal o ilegal, ni nulidad que proferir.

3. Responsabilidad, por expropiación u ocupación de inmuebles, en caso de guerra.

Reconoce como fuente la previsión contenida en el artículo 33 de la Constitución Política, y es un caso de responsabilidad sin falta u objetiva, pues basta demostrar el título con que se reclama, la expropiación u ocupación, para que proceda la indemnización correspondiente a la expropiación o a la ocupación, sin que valgan causas exonerativas de la responsabilidad estatal.

Frente a otros daños sufridos por la propiedad durante la ocupación, resulta obvio que son causales exculpativas las de fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero, en cuanto pueden ser reconocidas como causa eficiente del daño.

4. Responsabilidad por trabajos públicos

El Estado responde cuando daña u ocupa temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración, es, pues, caso de responsabilidad objetiva. Probado, el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos, que son aquellos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de derecho, público, sobre un bien inmueble y con, fines de utilidad o servicio público, deviene consecuentemente, para el estado, la obligación de indemnizar. Para que la competencia radique en la jurisdicción contencioso administrativa es necesario que la ocupación sea transitoria o temporal.

La acción en estos casos prescribe en dos años.

Por virtud de la declaratoria de inexecutable de los artículos 261 a 268 del Código Civil, proferida por sentencia de 20 de junio de 1955 por la Corte Suprema

de Justicia, en cuanto tales artículos se refirieron a la **ocupación permanente**, acción esta última que debe hacerse valer ante la justicia ordinaria, por implicar

Según la aludida sentencia, de obligatorio cumplimiento aún hoy, un juicio de dominio o de expropiación indirecta.

Dice dicha sentencia:

"Consideraciones de la Corte:

"Un breve bosquejo histórico sobre las vicisitudes constitucionales del Consejo de Estado y de la jurisdicción especial de lo Contencioso Administrativo, sirve para aclarar cuestiones de influencia en la resolución que habrá de tomar la Corte en este negocio.

"El Consejo de Estado fue creado por primera vez por la Constitución de 1830, para auxiliar al Poder Ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la administración pública", pero sin ninguna función jurisdiccional. Con ese mismo carácter lo conservó la Constitución de 1832; pero fue suprimido desde la Constitución de 1843, para ser establecido solamente en la de 1886, con estas características:

"Por una parte, era Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, y por otra, tenía la facultad de decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley establecía esa jurisdicción, ya debiera conocer, de ellas en única instancia o en grado de apelación.

"Por el artículo 164 quedó autorizado el legislador 'para establecer la jurisdicción contencioso administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los Departamentos', y atribuyendo al Consejo de Estado 'la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración'; pero el artículo 151 reservó a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los negocios contenciosos en, que tenga parte la Nación o que, constituyan litigio entre dos o mas Departamentos', y los referentes a la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el, Gobierno o denunciadas ante los tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles.

" Es fácil entender entonces que el mandamiento judicial exigido por el artículo 32 para la enajenación forzosa o expropiación, solo podía ser en el pensamiento del constituyente de 1886, el proveniente de la justicia ordinaria o poder judicial propiamente dicho y en ningún caso el que dictarán las autoridades de lo contencioso administrativo, para cuya creación quedó apenas autorizado, el legislador.

"La Constitución de 1886 garantizó la, propiedad privada contra todo ataque o desconocimiento proveniente de ley posterior; pero consagro al mismo tiempo el sabio principio de la primacía del interés público sobre el interés individual o privado que da asidero a la expropiación o enajenación forzosa de la, propiedad. En el autorizado concepto del doctor Esteban Jaramillo 'la Constitución somete a la enajenación forzosa de la, propiedad a las siguientes normas: 1) Que obedezca a graves motivos de utilidad pública, de suerte que no puede efectuarse para fines de conveniencia privada; 2) Que esos mismos, motivos sean definidos por el legislador, y no por el Gobierno u otra entidad administrativa; 3) Que se haga mediante mandamiento judicial a fin de que ante los jueces ordinarios y conforme al derecho común pueda el propietario obtener justicia; 4) Que se indemnice el valor de la propiedad, y 5) Que la indemnización se cubra antes de verificarse la expropiación'. (Esteban Jaramillo, el concepto jurídico-social de la propiedad).

"El Acto legislativo número 10 de 1905 suprimió el Consejo de Estado, y posteriormente el Acto legislativo número 3 de 1910 ordenó establecer la jurisdicción contencioso administrativa, pero reservando a la autoridad judicial la suspensión y anulación de las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos (artículos 57, 58, 63 y 64). En el artículo 5o se renovó la garantía del mandamiento judicial como requisito previo indispensable para la expropiación en tiempo de paz'.

"El Consejo de Estado fue restablecido por el Acto legislativo de 1914 como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído para dictar las providencias de que tratan los artículos 28 y 121 de la Constitución. Correspondía también al consejo 'Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señala la ley'.

"El artículo 24 del proyecto de reforma constitucional auspiciado por la, Comisión del Senado de 1936 no exigía para la expropiación ni 'mandamiento judicial' ni indemnización previa, y autorizaba a la ley para 'determinar el régimen de las expropiaciones e indemnizaciones'; En las discusiones se sugirió la conveniencia de que por medio de la norma constitucional los juicios de expropiación fueran 'quitados de la jurisdicción de los jueces ordinarios para entregarlos a la decisión de los funcionarios del orden contencioso administrativo'. No admitió, sin embargo el constituyente de 1936 esta sugerencia pero ni siquiera concedió la autorización para que por medio de la ley ordinaria se determinara el régimen de las expropiaciones e indemnizaciones, sino que de, nuevo reiteró la garantía del mandamiento judicial y de la previa indemnización.

"Fuera de esta enfática reiteración de un principio que venía rigiendo desde las Constituciones de 1858 y 1886, las reformas de 1936 y 1945 no introdujeron sobre el punto otras modificaciones que las de llamar ramas del poder público a los que antes se llamaban órganos o poderes; autorizar bajo ciertas condiciones la ex-

propiación sin indemnización y suprimir el ordinal 3o. del artículo 148, según el cual la Corte Suprema debía conocer 'de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos'.

"Tal como, rige la Constitución después de las reformas que le han sido introducidas hasta hoy, puede decirse que, excepto las atribuciones indicadas en los artículos 90, 122, 141, 151, 212, 214, y 216, las demás funciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de la especial del trabajo, de las Cortes Marciales o Tribunales Militares y demás Tribunales y Juzgados, deben serle señaladas por la ley como se desprende del contexto de los artículos 137, 141 (ordinal 4o), 151 (ordinal 4o), 152, 154, 164 y 170. Los artículos 192 y 193 atribuyen especialmente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad de anular o suspender los actos de la administración, las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales.

"Surge en seguida la primera cuestión suscitada por el demandante y por el señor Procurador General de la Nación, así como por la jurisprudencia transcrita atrás de la Sala de Negocios Generales de la Corte y del Consejo de Estado: Qué negocios puede, la ley atribuir a, la llamada justicia ordinaria y a las jurisdicciones especiales. Y como, premisa necesaria de la anterior, pertenecen todos estos organismos a la llamada Rama Jurisdiccional del Poder Público en forma tal que las decisiones que ellos pronuncian puedan ser indistintamente calificadas de 'sentencias judiciales'. .

a) El artículo 55 de la Constitución dice que las ramas del poder público son la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, y que el Congreso o sea la rama legislativa, el Gobierno, o sea la rama ejecutiva y los jueces que constituyen la jurisdiccional, 'tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización, de los fines del Estado'. Cada una, de estas ramas es objeto de reglamentación en capítulos distintos de la Carta Fundamental.

"En general, ni el Ejecutivo ni el Legislativo ejercen funciones jurisdiccionales, así se considere esta función desde el punto, de vista formal o desde el punto de vista material. Desde el punto de vista formal, el acto, jurisdiccional se estudia por los caracteres de que lo reviste el derecho positivo; y desde el punto de vista material se tiene en cuenta su consistencia propia y los elementos que lógicamente lo componen.

"Formalmente, es acto jurisdiccional aquél al cual se da una fuerza jurídica de una calidad particular, en consideración a que emana de un órgano que tiene por ley positiva el poder de imprimir a sus decisiones una fuerza de esta naturaleza. Formalmente, es suficiente que el acto esté dotado de, esta calidad particular de fuerza jurídica que se llama la cosa juzgada. La cual no debe confundirse ni entenderse como la 'fuerza obligatoria de la sentencia', pues este carácter obligatorio es común a todos los actos jurídicos. Ella consiste en la irrevocabilidad

del acto jurisdiccional, o sea, en la imposibilidad de revisar la decisión, agotados los recursos que la ley concede. La autoridad de la cosa juzgada pertenece indiscutiblemente a todas las sentencias; aunque varíe la extensión de sus efectos, pues a veces éstos quedan limitados a las partes en litigio, y en otras se producen con respecto á todos.

"Materialmente considerado, el acto jurisdiccional no puede ser definitivo sino por los caracteres que posee en si mismo, es decir, por su consistencia o contextura interna. Estos caracteres no le son atribuidos por una manifestación de voluntad de la autoridad legislativa: le son deducidos por el análisis jurídico, y todo acto que entre en la noción lógica de sentencia los ofrece necesariamente aunque no sea considerado por la ley positiva como un acto jurisdiccional.

"Bajo esta perspectiva, el acto jurisdiccional tiene caracteres que le son propios y que no se encuentran en otra clase de actos. El forma un complejo de dos elementos, unidos entre sí pero distintos sin embargo. Estos dos elementos son: de una parte, la comprobación sobre la existencia o inexistencia de un ataque al derecho, y de otra parte, una decisión que tiene por objeto sacar las consecuencias de aquella comprobación. Existe un nexo lógico entre los dos elementos porque el segundo se desprende del primero y está determinado por él en su contenido. Dándose una afirmativa respuesta al punto de la violación del derecho, una cierta decisión se impone, sin que su autor pueda querer otra distinta. Pero el contenido de esta decisión está predeterminado por la regla legal, las decisiones deben consistir, en la aplicación exacta y en cierto modo automática de derecho al caso sub júdice, aplicación que se hace en virtud de un razonamiento puramente lógico.

"Los caracteres del acto jurisdiccional sé encuentran en general, en las sentencias de la llamada justicia ordinaria, que está formada por la Corte Suprema, en la más alta jerarquía, hasta los Juzgados Municipales (artículos 58, 155, 157 y 158 de la Constitución), y también, aunque con algunas variantes, en las que pronuncian los funcionarios de lo contencioso administrativo, (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos), artículos 136 y 154 ibidem). Variantes que consisten en que, en el contencioso de plena jurisdicción, los poderes de investigación y decisión no se hallan tan estrechamente limitados como los del, juez ordinario, sino que llegan hasta poder 'sustituir su decisión a la que ha sido atacada' (Aucoc), o como dice Laferiere, el juez puede 'reformular las decisiones tomadas por la administración, no solamente cuando ellas son ilegales, sino cuando son erróneas'. Dé otro lado, el contencioso de anulación se caracteriza por el poder limitado que se ejerce para 'hacer caer un acto irregular sin que se pueda, después de haber anulado ese acto, sustituirlo por una decisión diferente. Esta jurisdicción no tiene por verificar más que una cosa: ¿ha actuado la administración dentro de los límites de sus poderes? En caso afirmativo, deja subsistente el acto; si se ha salido de aquellos límites, lo anula". (Aucoc. Laferiere, Ducrocq, Romieu).

"De suerte que, con las variantes indicadas, que no carecen por lo demás de importancia para los fines de este fallo, las decisiones de la justicia ordinaria, así como las que pronuncian las autoridades de lo contencioso administrativo, tienen el carácter de acto jurisdiccional, sea que se las considere desde el punto de vista formal, ya que hacen tránsito a cosa juzgada en cuanto son irrevocables, o desde el punto de vista material, teniendo en cuenta su estructura interna;

"b) De aquí que deba, estudiarse la otra cuestión suscitada por el Consejo de Estado y por el señor procurador, a saber: Si tanto la decisión de la justicia ordinaria como la de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son actos de jurisdicción, es indiferente a los fines constitucionales que la ley le atribuye indistintamente a una y otras autoridades el conocimiento de cierta clase de asuntos. En otros términos, debe el legislador, según nuestro sistema constitucional, atribuir las funciones a las diversas autoridades jurisdiccionales con sometimiento a ciertos principios, o está autorizado para hacerlo a su capricho, al azar?;

" Y concretamente, la "sentencia judicial" de que habla el artículo 30 de la Carta con referencia a la expropiación por causa de utilidad pública, es precisamente aquella que dicta la justicia ordinaria, o puede ser también, concurrente o indistintamente, la que dice el contencioso administrativo?

" Atendiendo el origen histórico de las jurisdicciones, se ve que ellas han sido organizada por el constituyente, desprendiendo sus funciones a título de distribución de trabajo especializado, de la masa o conjunto general que venía atribuída a la justicia ordinaria. Como su nombre lo indica, las jurisdicciones especiales han sido erigidas para ciertas materias específicas pues sino se enten diera así debería llegarse a la conclusión de, que el constituyente habría autorizado la creación de jurisdicciones especiales no especializadas, lo cual sería un verdadero contrasentido. La Constitución, se ha dicho, es la norma que organiza, no el principio que anarquiza.

" Y debe observarse, en primer lugar, que así en la teoría jurídica general como en la que directamente se desprende de la constitución colombiana, se, destaca nítidamente, con perfiles definidos, las materias de que deben conocer las diversas jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria, prescindiendo del derecho penal, la materia sobre que la justicia ordinaria tiene el poder jurídico de ejercer su función está plasmada en las tres grandes instituciones que constituyen el derecho privado la familia, la propiedad privada y el contrato (Derecho Civil Y Derecho Comercial); la justicia administrativa tiene, por definición, como ámbito propio, el formado por el conjunto de reglas a que, está sometida la actividad del Estado, la actividad de 'la administración en general, así como la jurisdicción especial del trabajo debe estar circunscrita a las relaciones de trabajo y solo a ellas.

" Ya la Corte Plena, en sentencia de 20 de febrero de 1941, destacaba los rasgos esenciales de la jurisdicción contencioso administrativa, desde el punto de vista constitucional:

“ Dé acuerdo con las atribuciones que el Consejo de Estado señala el artículo 137 de la Constitución, le corresponde actuar como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno, en asuntos de administración acorde con la noción y significación jurídica de la justicia administrativa, destinada a buscar un control de la legalidad de los actos de la administración, estatal, sus órganos jurisdiccionales dentro de nuestro sistema constitucional, al respecto forman, en realidad un poder independiente y esencial, integrado por entidades distintas de la administración misma y, de las que, otorgan la justicia ordinaria propiamente dicha (G.J. 1066, pág. 658)

"Pero no todos los actos de la administración caen bajo el control de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo. Como en todas las materias del derecho, especialmente del derecho público, la doctrina ha ido lentamente aquilatando la noción fundamental que sirva para distinguir entre la diversa calidad de actos administrativos, los que por su naturaleza deben caer bajo la jurisdicción de lo contencioso y aquellos que deben atribuirse a la justicia ordinaria. Unas veces la distinción se basaba en el carácter de las reglas del derecho que regía el acto cumplido por la administración otras veces, teniendo en cuenta como criterio sustancial la noción de servicio público, se ha afirmado que los litigios relativos a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos deben ser, en principio, de la competencia del juez administrativo, en tanto que a la justicia ordinaria corresponden los que tienen origen en la actividad administrativa que se ejerce fuera de estos, servicios públicos.

"En todo caso, la doctrina tiene admitido que no todo acto de la administración, por el solo hecho de serlo, deba caer bajo la, jurisdicción administrativa, sino que hay algunas contenciones a que da origen la actividad administrativa que son de la competencia de la justicia ordinaria.

" A esclarecer el punto contribuye, de otro lado, la naturaleza jurídica del recurso contencioso, que no es otra cosa que la revisión jurisdiccional de un acto administrativo. En efecto, -dice Fernando de Velasco- la cualidad característica de la jurisdicción contencioso radica en ser sustancialmente crítica y revisora; lo que significa que su misión se reduce y concreta a examinar las decisiones, acuerdos y otros actos administrativos que se dictan en la vía gubernativa, para mantenerlos, revocarlos, anularlos o modificarlos". (Derecho Administrativo II, pág. 405).

"Ahora bien, las disposiciones acusadas contemplan dos clases de daños que se

ocasionan o pueden ocasionarse en la propiedad privada con motivo de trabajos públicos; el daño acompañado de la ocupación transitoria o el simple daño sin ocupación de la propiedad damnificada. Este aspecto de las normas del capítulo XXII de la Ley 167, de 1941, fue excluido expresamente en la demanda y por consiguiente no es objeto de estudio en la presente sentencia. y el daño que se ocasiona por la ocupación permanente de la propiedad privada y su consiguiente incorporación material al patrimonio público desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño, caso en el cual, según el artículo 269 acusado, la indemnización comprende el pago de lo que valga la parte ocupada. Por este solo aspecto han sido acusadas las normas del citado capítulo; XXII.

" Esta última tiene como antecedente inmediato lo dispuesto en la Ley 38 de 1918, cuyo artículo primero es del tenor siguiente: 'De las expropiaciones así como de los daños en propiedad ajena por órdenes de providencias administrativas nacionales fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando hayan redundado en provecho suyo'

" En la exposición de motivos con que el Consejo de Estado acompañó el proyecto que vino a ser la Ley 167 de 1941, refiriéndose a la ley de 1918, se dice que 'la jurisprudencia del Consejo expuesta en diversos fallos, unas veces reconoce en aquel fenómeno una ocupación de hecho, y otras una expropiación, sin que falte el caso en que la califique de expropiación de hecho. También la Corte Suprema de Justicia, en muchas doctrinas, ve en el hecho de que se trata de un caso de expropiación especial".

"Según los términos de la exposición de motivos, se pensó que quitándole a la figura jurídica consagrada en la ley de 1918 el nombre de expropiación, aunque se conservara la sustancia de ella, el fenómeno en sí mismo habría de variar, visto a la luz de los principios constitucionales correspondientes. Avanzando más, en la misma exposición de motivos se trata de justificar la disposición del artículo 269, equivalente al 1º de la ley de 1918, diciendo que por ser frecuente en la práctica administrativa el caso de que los trabajos públicos de grande interés se paralicen o suspendan mientras se cumple el proceso judicial de, la expropiación o se adquiere la propiedad del inmueble que se necesita, lo que entraña un grave perjuicio para los intereses sociales, se explica suficientemente que la ley, prevea la posibilidad de las ocupaciones de hecho o de, daños y la forma adecuada para repararlos por medio de procedimientos rápidos".

"Tal como en la práctica se ha dado aplicación al citado artículo 269, acaso inspirándose las autoridades administrativas en el pasaje transcrito de la exposición de motivos, en el que se contempla un modo de proceder del Estado para adquirir la propiedad privada, distinto del predeterminado por la Constitución Nacional. El artículo 269 contiene, en verdad una implícita permisón a la inobservancia de la norma constitucional contenida en los artículos 30 y 33 de la Carta. Las leyes que reglamentan la expropiación regular, por el contrario, son una

explícita constricción a la observancia de la misma norma constitucional.

"La ocupación de la propiedad privada por vías de hecho, con ocasión de trabajos públicos, que produce como resultado su anexión al patrimonio público desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño', es en si mismo un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33, según los cuales, aún en tiempo de guerra, la propiedad inmueble solo puede ser temporalmente ocupada' y cuando por motivos' de utilidad pública o de interés social 'definidos' por el Legislador, ella deba incorporarse al patrimonio público, es indispensable el trámite legal previo, que brinda a la administración medios expeditos, en casos de urgencia, para entrar en inmediata posesión del inmueble.

"Excepcionalmente, en, caso de guerra, puede no ser previa la indemnización, pero aún entonces es, necesario que la expropiación sea decretada. Sin mediar ésta, la ocupación de la propiedad inmueble solo puede ser temporal. Es pues, manifiesto en el Estatuto el celo porque la propiedad privada no se ocupe, de hecho, y tan solo permita que ello se haga transitoriamente durante el estado de guerra.

"Todo esto significa que cuando la, ejecución de obras de interés público o social requiere la aplicación a ellas del inmueble de propiedad particular es indispensable que proceda la expropiación. El artículo 269 consagra un modo de constreñir al propietario para que haga en favor de la administración la transferencia de su propiedad, otorgando el correspondiente título traslativo de dominio como secuela de una forma de posesión permanente, expresamente prohibida por la Carta, y mediante un juicio ante el contencioso administrativo y pago posterior, con violación de la garantía de expropiación por sentencia judicial e indemnización previas.

"Por otra parte, en el fondo, cuando la ocupación de hecho de la propiedad privada da origen, conforme al artículo 269 acusado, a la condena en perjuicios a cargo de la administración, entre los cuales perjuicios debe incluirse 'el pago de lo que valga la parte ocupada', se contempla la figura, articulada ya en la ley de 1918, que los expositores han llamado expropiación indirecta, no autorizada en derecho colombiano sino prohibida expresamente en él.

" 'La expropiación por causa, de utilidad pública, -dice Hauriou- es una operación por la cual el Estado procede a la adquisición forzada, mediante indemnización, de terrenos o edificios que son necesarios para uso público o para los servicios públicos. Hay lugar a distinguir la expropiación directa, que es el procedimiento organizado expresamente para, obtener la expropiación del bien, y la expropiación resultante de procedimientos o que no han sido organizados expresamente (vías de hecho) o de eventos fortuitos. La teoría de la expropiación indirecta en la siguiente: todas las veces que de hecho en el curso de una operación cualquiera, la administración se apodera de un terreno perteneciente a un particular,

resultando de ello para el propietario una desposesión a la vez definitiva por parte de la administración las reclamaciones de indemnización son de la competencia del Poder Judicial" (Droit Administratif, Pág. 425, 441).

" 'Hay expropiación indirecta cuando en el curso de una operación administrativa regular, la administración se apodera del terreno de un particular sin usar el procedimiento de expropiación y sin estar por otra parte, legalmente autorizada para ello, mediante una ocupación definitiva que realiza una desposesión total del particular. Hay pues en primer lugar, una transferencia definitiva de la posesión, que se cumple sin poder legal o reglamentario, es decir, por vía de hecho, y en segundo lugar, una transferencia de propiedad al mismo tiempo que una condena de indemnización hecha por el Tribunal Civil. La expropiación indirecta es una toma de posesión que finaliza a continuación de una intervención judicial *expos facto*, en una transferencia de, propiedad" (Ch. Blaevoet. Des Atteintes a la Propriété Aistratif, Administratif, p. 459; Hauriou, p., 752; Barthelemy, p. 698).

"La expropiación regular, en sí misma es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de, la propiedad privada, en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés, particular; mediante la indemnización, a que tiene derecho el propietario, según el artículo 30 de la Carta. La indemnización comprende no solo el valor de la propiedad expropiada, sino 'todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionan en el patrimonio del expropiado en forma que, por una parte, no constituye para él pérdida alguna, ni por otra, sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado al propietario; a este no debe pagársele más ni concederle menos que el perjuicio efectivamente sufrido por él". (Sentencia de la Corte Plena. G. J. número 2140, p. 328).

"El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y *expos facto* en la indirecta como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo el dominio del expropiado, el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además las circunstancias determinantes de la primacía del interés público, en el caso concreto del propietario, en la expropiación regular.

"La expropiación, como procedimiento, es un acto complejo, que se desarrolla en diversos periodos: el primero de estos es la, declaración legislativa, abstracta, general, impersonal, que consagra la primacía del interés general-, que da asidero y base legal al segundo período: la mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dió origen a la celebración de utilidad pública.

"La función jurisdiccional del Estado, no se ejerce sino en los periodos subsiguientes, para decretar la expropiación misma o sea, la transferencia forzosa de la propiedad y establecer el quantum de la indemnización a que tiene derecho el propietario. La calidad intrínseca del acto de jurisdicción no se establece, científicamente hablando, sino por la naturaleza del derecho que está en juego en el procedimiento de la expropiación.

"Se observa en primer lugar, que la administración aún, cuando haya sido hecha por la ley la declaración de utilidad pública, no tiene necesariamente que acudir al procedimiento coactivo de la expropiación. Utiliza este procedimiento cuando el propietario, por cualquier circunstancia no consiente voluntariamente en el traspaso de la propiedad bien porque de él se pretenda, más de lo, que aquél crea justo, bien porque haya, desacuerdo en el monto de la prestación que deba recibir como equivalente de parte de la administración. Pero si el acuerdo se produce o a él se llega entre la administración y el propietario, queda por lo mismo descartado el procedimiento expropiador y el acto de transferencia de la propiedad se realiza mediante un contrato puro y simple de compraventa civil, en que para nada interviene siquiera la noción de servicio público.

"Lá cuestión sustancial, de fondo, no cambia el hecho de que, a falta de acuerdo entre la administración y el propietario, deba aquella acudir al procedimiento jurisdiccional para obtener el mismo resultado del contrato: la transferencia de la propiedad mediante el pago de la indemnización correspondiente. Solo que en este caso, la prestación conmutativa a cargo de la administración no juega como precio de la cosa adquirida, sino como indemnización, de todos los perjuicios que se causan al propietario.

"Para constituir el dominio público -dice Bonnard- la administración puede adquirir propiedades privadas por los procedimientos ordinarios. Pero estos procedimientos basados en el consentimiento del particular, son a veces insuficientes, porque la administración puede encontrarse frente a la negativa del particular, aunque ella tenga necesidad y a veces urgencia de la adquisición. Ha habido pues, necesidad de establecer en favor del dominio público, modos especiales de adquisición que tienen como característica comportar una cesión forzada de la propiedad privada.

"Se puede definir la expropiación como un acto por el cual el Estado impone a un particular la cesión de una propiedad inmobiliaria con un fin de utilidad pública, mediante justa y previa indemnización y según un procedimiento especial.

"Se encuentra en ella como en el contrato de venta, una transferencia de propiedad y un precio pagado. Pero la diferencia con la venta consiste en que la transferencia de la propiedad no es voluntaria y en que el precio no es libremente acordado sino impuesto al particular.

"La expropiación constituye un ataque grave a la propiedad privada. Así ella ha sido organizada siguiendo un procedimiento destinado a asegurar fuertes garantías a la propiedad privada, de manera de evitar los abusos. La protección esencial resulta de la intervención de las autoridades judiciales en este procedimiento (Droit Public, p. 294. Droit Administratif".p. 499 y ss.).

"De la misma naturaleza sustantiva del derecho de cuya transferencia se trata, que es el dominio se desprende que el procedimiento de la expropiación no constituye una función administrativa, atribuida impropia a la justicia ordinaria, sino el ejercicio de una verdadera función jurisdiccional en que no está en juego, no se cuestiona o discute la legalidad o ilegalidad del acto concreto del Gobierno que ordena proceder a la expropiación, para mantenerlo anularlo o modificarlo. El objeto del procedimiento y consecuentemente, la naturaleza de la función, se hallan lógicamente y necesariamente determinados por la calidad del derecho sustantivo en juego: la propiedad privada, de la cual se admite sin disidencias de opinión, que la justicia ordinaria es su guardián frente a todo posible ataque de -parte,- la administración pública.

"En Francia cuyo derecho civil y administrativo es la fuente próxima e inmediata del derecho colombiano en ambas materias, 'los Tribunales Judiciales, lo mismo que el Consejo de Estado y los Tribunales de Conflictos, declararon a lo largo del siglo XIX que la autoridad judicial es competente, para conocer de las acciones de daños y perjuicios intentadas por los particulares, sea en razón de daños de toda clase causados en forma permanente a su propiedad, es decir, provocando "una modificación, perpetua de la propiedad"; sea más tarde, bajo la influencia del Consejo de Estado y del primer Tribunal de Conflictos, en razón solo de la aprehensión por la administración de toda o parte de una propiedad, de una toma de posesión y de una ocupación, aún temporal, de una propiedad, a condición de que ella constituya para el particular una desposesión efectiva de toda o parte de su propiedad'. Finalmente, el Tribunal de Conflictos en 1940 (Arret Schneider & Cía.) consagró inequívoca y formalmente el principio básico en las jurisdicciones anteriores, de que 'la protección de la propiedad privada entra esencialmente en las atribuciones de la autoridad judicial', (Chapus, Responsabilité Publique et Responsabilité privée, p. 158, 161).

"Por otra parte el dominio del expropiado, sea en la expropiación regular o en la acción del artículo 269, no ejerce en la litis función del presupuesto procesal, sino de presupuesto de la acción, según la diferencia que entre las dos nociones ha señalado reiteradamente la Corte, a saber:

" Los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable o bien desfavorable a las súplicas del libelo

inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sentenciador puede proveer en sentido -favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere (legitimatío ad causam) aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales esto es: a) demanda formalmente admisible; b) competencia del juzgador: c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho: v d) capacidad para obrar -procesalmente, o sea capacidad de ejercicio (legitimatío ad procesum) (Gaceta Judicial No 2147, p. 924).

"Así en el caso del artículo 269 - acusado, son estos los presupuestos de la acción: que el actor, como en la acción révindicatoría, sea el verdadero propietario y que la administración sea poseedora de la cosa. Porque si bien es cierto que la administración no se ampara o no debe ampararse en la presunción de propiedad que se deriva de la posesión actual, no es menos cierto que a falta de la plena prueba de propiedad en el actor, la sentencia deba ser absolutoria de la misma manera que en la acción de dominio. La única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado artículo 269 está en que no se pide la restitución sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación, como ya se ha visto.

"Siendo esto así tratándose de una acción ex dominiun con motivo de una verdadera expropiación no por irregular e injurídica menos evidente, la 'sentencia judicial' que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial, sino por la llamada justicia ordinaria. En otros términos: el artículo 30 de la Constitución exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada.

"De todo lo expuesto se concluye que el artículo acusado es violatorio de los artículos 30 y 33 de la Constitución, en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la administración, y por otra, atribuye, lo mismo que los artículos 261 a 268, a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos.

"La tacha de inconstitucionalidad no, afecta el artículo 270, puesto que él se limita a reiterar la reserva de la responsabilidad criminal en que, conforme al derecho común, hayan podido incurrir los funcionarios o autoridades que hubieren ordenado o ejecutado las ocupaciones o los daños. '

Decisión

'En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional.

Resuelve

"1o Es inexecutable el artículo 269 de la Ley 167 de 1941;

"2o Son inexecutable los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 267 y 268 de la misma ley, pero solo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública;

"3o Es executable el artículo 270 de la misma ley.

" Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese e insértese en la Gaceta Judicial". (Gaceta Judicial T. LXXX; Nos. 2153-2156).

" Dado el traumatismo que dicha declaración de inexecutable creaba, según distintas interpretaciones posibles, se pidió, aclaración de la sentencia y la Corte, 'se pronunció así:

"Para resolver se considera:

" 'El artículo 482 del Código Judicial que permite aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda en las sentencias, ha sido reiteradamente interpretado por la Corte en el sentido de que la aclaración no puede llegar hasta alterar o modificar el sentido de la, sentencia misma.

"En la parte motiva de la sentencia que se trata, la Corte sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración son de la competencia de la justicia ordinaria, de manera que 'la sentencia judicial que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial'. Y de ahí concluye la sentencia que el artículo 269 de la Ley 167 de 1941 es violatorio de los artículos 30 y 33 de la Constitución, en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la

administración, y por otra, atribuye lo mismo que los artículos 261 a 268, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos.

"También se dice en la misma sentencia 'que las disposiciones acusadas contemplan dos clases de daños que se ocasionan o pueden ocasionarse en la propiedad privada con motivo de trabajos públicos el daño acompañado de 'la ocupación transitoria o el simple daño sin ocupación de la propiedad damnificada. Este aspecto de las normas del capítulo XXII de la Ley 167 de 1941 fue excluido expresamente en la demanda y por consiguiente no es objeto de estudio en la presente sentencia. Y el daño que se ocasiona por la ocupación permanente de la propiedad privada y su consiguiente incorporación material al patrimonio público desposeyendo definitivamente su legítimo dueño, caso en el cual, según el artículo 269 acusado, la indemnización comprende el pago de lo que valga la parte ocupada. Por este solo aspecto han sido acusadas las normas del citado capítulo XXII.

"Sobre estas bases, la resolución tomada en la sentencia declaró Inexequible el artículo 269 en todas sus partes, y los artículos 261 a 269 solo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública.

"Para los efectos de la aclaración, la sentencia sin lugar a la menor duda, afirma el principio de que las autoridades de lo Contencioso Administrativo no son competentes para conocer de las acciones indemnizatorias por ocupación permanente de la propiedad 'privada, con motivo' de trabajos públicos. Es este el sentido inequívoco de la sentencia, de suerte que ella no puede ser desvirtuada en su alcance so pretexto de la distinción que se preconiza en los memoriales de "aclaración, entre otras normas procesales y normas de competencia puesto que fue precisamente por estar constitucionalmente atribuida la competencia, a la justicia ordinaria y no a la especial de lo contencioso administrativo, por lo que se pronuncio definitivamente la inexecutable demandada.

"Por lo demás en numerosos fallos de la Corte se ha sostenido que la decisión sobre inexecutable no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar menoscabar la norma, constitucional de superior jerarquía: 'La decisión de inexecutable se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada". (Corte Plena, junio 30 de 1955 citas indicadas allí). Por tanto las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley

declarada inexecutable ha producido regularmente mientras estuvo en vigor.

“ En los anteriores términos, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deja resueltos los memoriales de que ha hecho merito”.

Y el Gobierno, se vio obligado a dictar el Decreto legislativo número 0293 de 15 de Julio de 1956, reconociendo la validez de las actuaciones Judiciales surtidas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo antes de la declaración de inexecutable y organizando el transito de la jurisdicción especial a la ordinaria.

y el numeral 6o del artículo 6o del Decreto 528 de 1964, adscribe, expresamente, a los jueces civiles municipales, entónces de plena competencia, el conocimiento de los juicios contra las entidades de derecho público con motivo de la ocupación permanente de la propiedad inmueble.

Discutida, en extremo fue en su tiempo, la comentada decisión de la Corte Suprema de Justicia y aún hoy sigue siendo discutible, aunque su obligatoriedad no pueda ponerse en duda y en virtud de ella, lo cierto es que los juicios por ocupación permanente de la propiedad inmueble con motivo de los trabajos públicos, corresponde hoy a la jurisdicción ordinaria.

5. Responsabilidad del Estado por almacenaje

Conforme a los términos del artículo 29 del, Decreto-ley 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la ley 79 de 1931, el Estado responde por las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de, su recibo y hasta la, de su retiro, en forma legal o su abandono voluntario o legal, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima derivada del empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado, lo que implica un nuevo caso de responsabilidad objetiva, dada la naturaleza del almacenaje que constituye un caso de depósito necesario y que, según los términos de la ley,' aparecen descontados como exonerativos de responsabilidad, el hecho ,de un tercero y, el caso fortuito.

6. Las vías de hecho.

Dedúcese de la jurisprudencia compendiada, que solo puede hablarse de "vías de hecho", cuando la administración obra en ejercicio de un pretendido derecho que realmente no tiene o cuando en ejercicio de un derecho que realmente tiene obra con ausencia total del procedimiento legal o aplicable distinto al señalado por la ley, es decir, es la arbitrariedad de la administración la, que queda, escuetamente a la oboservación.

Más conviene aclarar, conforme al criterio jurisdiccional compendiado que la falta de poder ha de ser absoluta, constituir " usurpación de poder", pues sí hay así un principio de poder, se estará frente al "exceso de poder" pero no a la vía de hecho.

Lo mismo debe ser dicho, frente a la falta de procedimiento. Ella debe ser absoluta, no basta la simple irregularidad procedimental, que puede constituir una falla, pero no una falla de hecho, equivalente a la usurpación de poder, a la arbitrariedad, a la violencia o, como algunos autores la denominan a la "actuación cuasidelictual de la administración".

Como antítesis de la vía de hecho, aparece la operación administrativa como el ejercicio, por parte de la administración, de un derecho que ha sido reglamentado en su provecho, o mejor, teniéndola como destinataria y con el empleo del procedimiento legalmente señalado.

Puede que haya exceso de poder, defectuosa aplicación del derecho que se ejerce o irregularidad en el procedimiento legalmente señalado y aplicado, sin que por ello deje de existir la operación administrativa, simplemente, habrá falla del servicio o de la administración y la responsabilidad será la común, ya estudiada en el numeral 29 del literal b) de este acápite.

En cambio, frente, a la vía de hecho, y al margen de la responsabilidad civil y penal que, quepa al agente administrativo, la administración será reponsable ante el, administrado lesionado en su patrimonio, protegido civil o administrativamente, con la sola demostración de la "vía de hecho", que es la más grosera y violenta ilegalidad en que puede incurrir la 'administración, con la obvia condición de que entre la "vía de hecho" y el daño exista la relación de causalidad.

No se ve qué causal exónerativa pudiera existir en este tipo de responsabilidad estatal, aunque si es posible la concasualidad, frente al daño y la correspondiente proporcionalidad entre la responsabilidad y la obligación indemnizatoria.

Se excluyen, pues jurídicamente, las figuras de la "operación administrativa" y la "vía de hecho" y son distintas las características de la responsabilidad en uno y otro caso.

7. Responsabilidad por daño especial.

Más, surge de la jurisprudencia compendiada, que, aún la actividad estatal absolutamente legítima, tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta.

Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye, la derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio o de la administración y lógicamente, con mayor razón, la derivada de las vías de hecho.

Responde el Estado, a pesar de lá legalidad total de su actuación, de manera

excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.

Surge pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o "vías de hecho".

Con cualquiera de ellas resulta incompatible, no por el **petitum** posiblemente idéntico en todas ellas, sino por la **causa petendi**, que resulta distinta y contraria como quiera que se habla de la responsabilidad por equidad, sin falta u objetiva, frente a las otras fuentes de la responsabilidad estatal, y por lo mismo, no son acumulables.

En efecto, causa para pedir en el Contencioso Subjetivo o anulación de plena jurisdicción es la ilegalidad del acto, en la del daño especial, la absoluta legalidad de la actuación administrativa, en la responsabilidad por falla o falta, la afirmación de está, mientras que en la responsabilidad por daño especial, la afirmación causal es la contraria, la regularidad, oportunidad, legalidad y eficiencia de la actuación estatal en la pretensión indemnizatoria por las vías de, hecho la causa para pedir es la arbitrariedad, la ausencia de derecho o de procedimiento en la administración, es decir, todo lo contrario de lo que debe aparecer acreditado para la prosperidad de la indemnización por daño especial.

Y como la pretensión no puede prosperar sino en la medida en que resulta conforme con la causa para pedir, obvio que si está contiene proposiciones contrarias e incompatibles, entre sí, la conclusión resulta imposible.

Si se afirman dos hechos contrarios y excluyentes entre sí, se destruyen mutuamente, pues no es posible que una actuación sea al mismo tiempo, legal e ilegal lógicamente y arbitraria, regular, correcta y eficiente y al mismo tiempo, irregular, incorrecta, inoportuna y perjudicial, o que algo sea y no sea a la vez.

Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de, aquél y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del

desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido, por uno, de los administrados, y por equidad debe concurrir a compensar el daño causado.

Obvio que el beneficio de la, comunidad no es necesariamente patrimonial, hay otros intangibles sociales y políticos más importantes para ella como son la existencia del Estado, la seguridad de sus integrantes y la realización de los fines sociales, económicos y culturales que sirven de meta o norte a su organización jurídica.

8. La responsabilidad por riesgo.

Conocido el criterio jurisprudencial, precisa concluir que el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta del servicio.

El caso concreto:

Estima la Sala que toda la actuación realizada por la Superintendencia Bancaria en orden a la liquidación del Banco Bananero del Magdalena, constituye, como lo afirma el actor, una operación administrativa típica, en cuanto todo el proceso de liquidación, o sea, el conjunto de actos, negocios jurídicos y operaciones materiales cumplidas por los órganos de la Superintendencia Bancaria, tienen la finalidad única y exclusiva de hacer producir la plenitud de sus efectos a las Resoluciones números 503 y 504 de 1966, dictadas por el Superintendente Bancario que disponía la toma de posesión del Banco y la liquidación, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 48 de la Ley 45 de 1923, sustituido por el artículo 50 de la Ley 57 de 1931, y 51 de la ley primeramente citada.

Toda esa compleja actuación se enmarca dentro del concepto de operación administrativa que esta corporación precisó en la sentencia del 14 de junio de 1961, en los siguientes términos:

La operación administrativa.

"Los conceptos de acto administrativo escrito y de acto administrativo no escrito tienen incidencia directa en la noción de operación administrativa. Entre aquellos y ésta existen estrechas relaciones de causalidad. Son categorías jurídicas complementarias. Constituyen procedimientos de aplicación de la ley vinculados entre sí, o sistemas concatenados de poner en movimiento la función administrativa. En ambos casos hay una actividad voluntaria del Estado que se exterioriza de manera diferente. En el acto, el querer de la administración se limita a establecer la situación jurídica; en la operación, la voluntad estatal aplica los derechos y las obligaciones ya reguladas por el acto, los realiza en su totalidad y los hace producir la plenitud de sus efectos, empleando para ello procedimientos

escritos, verbales o simplemente materiales.

"La operación administrativa, tal como surge de los artículos 68 y 83, 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 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 tacito. Desde este punto de vista puede clasificarse en dos tipos:

1o La operación dependiente de un acto escrito. La decisión administrativa que le sirve de apoyo, aisladamente considerada, aplica el estatuto superior de derecho y establece una relación jurídica entre el Estado y los particulares afectados por ella. Una vez que ese acto se ha perfeccionado, queda amparado por una presunción de legalidad que engendra para la administración pública el privilegio de la ejecución oficiosa. El ordenamiento es ejecutorio y oponible. Si la persona interesada lo acata, no habrá oportunidad a actuaciones ulteriores. Pero si hay renuencia a cumplir el mandato administrativo, el poder público podrá utilizar los procedimientos legales de compulsión, escritos o verbales, y realizar los actos materiales indispensables para ejecutar el ordenamiento. Este sistema de imposición unilateral y de actuación material es lo que constituye la operación administrativa. Los actos escritos o materiales que se realicen en el desarrollo de este proceso de ejecución, carecen, en realidad, de autonomía jurídica. Son la consecuencia necesaria de la decisión previa y están subordinados a ella.

2o La operación dependiente de un acto no escrito. La Constitución y las leyes confieren al órgano ejecutivo ciertos poderes jurídicos para actuar en las situaciones de emergencia pública. Esas circunstancias especiales imponen, en algunos casos, la necesidad de apelar a procedimientos rápidos y expeditos, de decisión y ejecución. Ocasiones hay en que los ordenamientos serán necesariamente verbales, y materiales los sistemas para cumplidos. Para efectos de aplicar los estatutos superiores, en estas situaciones de urgencia, el Gobierno profiere actos administrativos de ejecución inmediata. La decisión no se escribe se realiza. Pero el acto o la sucesión de actos materiales de ejecución, no son más que la consecuencia forzosa y necesaria del ordenamiento verbal que les precede. No constituyen actos jurídicos autónomos e independientes, sino realizaciones materiales subordinadas a un mandato previo.

"Configura la ley un tercer tipo de operación administrativa que no se estudiará en esta oportunidad por carecer de incidencia en el negocio analizado, pero que confirma la tesis sostenida de que en toda operación hay una decisión que le sirve de base; es la operación administrativa de liquidación, tributaria, denominada así por los artículos 271 y siguientes, de la Ley 167 de 1941. Está constituida por una serie de decisiones concatenadas que encajan dentro de la concepción del acto, administrativo complejo.

"Los dos tipos de operación administrativa que anteriormente se analizaron, tienen una característica en ambos hay siempre una decisión verbal o escrita, una exteriorización de la voluntad administrativa del Estado enderezada a producir determinados efectos de hecho y de derecho. Los actos materiales de ejecución que siguen al ordenamiento, son la resultante del querer y del obrar de la administración. No tienen autonomía jurídica. Su causa determinante, es la decisión verbal o escrita, vale decir, el acto administrativo previo.

"La jurisprudencia anterior, aplicada al caso estudiado, lleva a la observación siguiente: los hechos fundamentales de la demanda, en la primera etapa de su desarrollo, revelan la existencia de una operación administrativa dependiente de un acto no, escrito, y no la de un hecho administrativo, como lo asevera el señor agente del Ministerio Público". (Anales del Consejo de Estado. T. LXIII Nos. 392 a 396, p. 151, 152).

El actor no ha pretendido impugnar con su demanda los actos administrativos que constituyen la causa de la operación administrativa, sino que pretende la indemnización del perjuicio por los daños que a su juicio, se le causaron, durante la ejecución de aquellos y que él puntualiza en su libelo.

Habida cuenta de ellos y de la circunstancia de que la operación de liquidación culminó, con la diligencia de traspaso, y la entrega de todo el archivo por parte de la Superintendencia al liquidador designado por los accionistas, la cual tuvo lugar el 1o de julio de 1969, resulta evidente que no solo es correcto el **planteamiento jurídico** de la pretensión, en cuanto ella se deduce de una falta del servicio ocurrida, dentro de la operación administrativa, sino que la demanda presentada el 29 de julio de 1973, lo fué en, tiempo, vale decir, antes de vencerse los tres años que prevé la ley para la caducidad de este tipo de acciones (artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964).

1º. La responsabilidad por daño especial.

La demanda, ya se dijo, deriva su pretensión indemnizatoria, en forma principal, de la responsabilidad, por falta objetiva, por razón del daño especial recibido ya que en su concepto, la toma de posesión y consiguiente liquidación del Banco Bananero significaron un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, que sitúa la cuestión en la órbita de la responsabilidad objetiva, de forma que probado el daño, producido en el curso de la operación administrativa, surge la obligación de indemnizarlo.

La ley bancaria tiene previsto que el Superintendente con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, puede tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento, bancario cuando una entidad de esta naturaleza haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, o haya rehusado el cumplimiento de exigencias que le ha impuesto la Superintendencia en ejercicio de sus atribuciones, o persista en la violación de la ley o de sus estatutos o en el

manejo descuidado e inseguro de sus negocios, o cuando su capital se haya reducido a menos del mínimo exigido en la ley. En cualquiera de estos casos la Superintendencia toma posesión del establecimiento de crédito y asume la gestión de sus actividades, con una de estas dos finalidades: reencausar a la entidad hacia el cumplimiento de la ley y de sus estatutos, enmendando y corrigiendo los actos irregulares, o proceder a su liquidación si el estado general de sus finanzas y su crédito, ante el público, no permiten una solución diferente. En uno y otro caso, se trata de consecuencias que la ley hace derivar, en forma general para toda entidad de crédito, de situaciones contrarias a sus ordenamientos, causados por actos u omisiones de sus propios gestores. En, tal virtud, la carga pública que puede implicar la toma de posesión y el proceso, de liquidación no tiene el carácter de una "carga especial" sino, que es una carga general que pesa sobre toda institución de crédito.

De otra parte, esa carga general no tiene como causa eficiente un poder discrecional de la Superintendencia, sino unos hechos u omisiones imputables al instituto vigilado y controlado, vale decir que la carga en referencia, además de tener como fuente la ley común a este tipo de establecimientos, es el efecto jurídico de una mala gestión, cuyas consecuencias deben conjurarse de inmediato para evitar males mayores y posiblemente irreparables.

Toda persona natural o jurídica, debe acomodar su conducta a los cauces que le señala la ley y en caso de no hacerlo, debe soportar las consecuencias que la misma ley tenga previstas. Esos cauces y esas consecuencias legales varían según sea la índole o la actividad de las personas, sin que tal variedad sea relevante para calificar como especial la carga pública que entrañen. Lo fundamental es que toda persona tiene la obligación de asumir los efectos que la ley tenga previstos en relación con su propia conducta; ello comporta una carga pública de carácter general, cuya intensidad puede ser mayor según sea la posición o importancia social de la persona o de su actividad y sin que esto último tenga la eficacia jurídica para transformar la carga pública general en una "carga pública especial".

Y en relación, con la igualdad fáctica, como se verá más adelante, no solo no hubo carga especial, desigualdad o posición imprevisible, sino mesura y proporcionalidad con virtud suficiente para afirmar que pocas veces se ve una actuación, más ajustada a la ley y a las circunstancias, que lejos de producir un "daño especial" o siquiera "daño" produjo beneficios a los administrados, destinatarios de la actividad oficial.

Más, como se vio en la exégesis jurisprudencial anterior, se afirma igualmente, falla del servicio y ello, a falta de las consideraciones consignadas, sería suficiente para desechar las súplicas del libelo en cuanto ellas pretenden fundamentarse en la teoría de la responsabilidad objetiva, o sin falta, por "daño especial".

2o La responsabilidad por falla o falta de servicio

De lo dicho se concluye que la responsabilidad que se pretende deducir en el caso sub-judice, ha de ser examinada a la luz de los principios que gobiernan la teoría de la falla o falta del servicio, como en, forma alternativa lo propone el demandante.

En los términos del artículo, 16 de la Constitución Política le incumbe al Estado "proteger a todas las personas residentes en Colombia én sus vidas, honra y bienes, para asegurar el cumplimiento de los, deberes sociales del Estado y de los, particulares". De acuerdo con este precepto constitucional los órganos del Estado están obligados a prestar una serie de servicios y a desarrollar una gran variedad de actividades para cumplir los fines indicados, esos servicios y esas actividades, por imperativo de la Constitución y de las leyes deben desarrollarse en forma consecuente al cumplimiento de tales fines y, en caso de que ello no ocurra, el Estado debe responder por los, daños que se deriven, del mal funcionamiento o de la actividad deficiente o tardía o de la ausencia de la misma, es decir, por la falta o la falla del servicio.

En cualesquiera de tales hipótesis, al actor le incumbe probar, no solo la falta o falla del servicio, sino la existencia del daño y la relación de causalidad entre aquella y este. Demostrados estos extremos, habrá lugar a deducirle la responsabilidad del Estado, a menos que se demuestre la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito.

Dentro de este orden de ideas habrá de examinar la Sala la pretensión planteada, con base en los hechos aducidos en el libelo inicial del litigio.

Pero antes, es preciso tener en cuenta que operaciones administrativas como la de que dan cuenta los autos, están rigurosamente reglamentadas en el estatuto bancario, de suerte que la Superintendencia, en desarrollo de su actividad, tiene un margen de discrecionalidad muy relativo, pues, en lo fundamental, se trata de una actividad reglamentada muy minuciosamente. Por manera que, el juicio que sobre esta materia se haga, ha de tener en la mayoría de los casos su punto de referencia, que es la propia ley bancaria.

Examen de los factores y circunstancias que se aducen en la demanda como generadores del daño cuya reparación se reclama.

Primero. Sostiene el demandante que la venta del edificio; - cumplida dentro de la operación administrativa de liquidación, en donde, funcionaba la sede principal del Banco Bánanero del Magdalena, en Santa Marta, se realizó en la suma de \$ 7.712.545.00, cuando su precio comercial en diciembre de 1967 (diciembre 22),

fecha del negocio, era de \$ 8.504.025.00 según el dictamen rendido dentro de este proceso y que, por tal razón, de dicho negocio resultó una lesión patrimonial, para el demandante, cuya cuantía queda determinada por la diferencia entre el precio de la venta y el nuevo avalúo pericial.

No se discute, en la demanda, si para los efectos de la liquidación era necesario o nó vender el mencionado edificio y únicamente se cuestiona el precio de la venta. Por manera que la Sala ha de aceptar que la venta del edificio era necesaria y que la superintendencia podía realizarla, sin necesidad de licencia judicial (artículo 57, Ley 45 de 1923, sustituido por, el artículo 6o de la Ley 57 de 1931).'

La misma disposición últimamente citada, prescribe, además, que la venta de activos debe estar precedida de un avalúo que practicarán dos peritos, uno designado por la Superintendencia y otro por el juez, civil del circuito este avalúo será definitivo si hay acuerdo entre los peritos y en caso contrario, lo será el que determine la mayoría de dos, previa designación, por el juez, de un tercer perito. Lo anterior, significa que en esta materia, la actividad de la administración ha sido rigurosamente reglada por la ley para evitar la ocasión de daños que pudiera derivarse de una discrecionalidad más o menos amplia.

En el caso, de autos se produjo el dictamen pericial en la forma prescrita por la ley, dictamen que arrojó un valor de \$ 7.712.545.00, por el cual se realizó la venta. Así las cosas, mal podría, entenderse la, estructuración de una falla del servicio, cuando la administración se ciñe en un todo a las exigencias de la ley, a menos que el actor hubiera aducido y demostrado en los autos que, no obstante el avalúo oficial, se hubieran realizado ofertas serias de compra por un precio mayor, que la Superintendencia no hubiera aceptado sin razón. Sobra decir que no es el caso de autos, según el planteamiento hecho en la demanda.

Por otra parte, pretender con mayor, con excepcional eficacia el segundo dictamen pericial rendido años después de realizada la venta, cuando los mismos peritos reconocen que se han hecho reformas al edificio, cuyo valor dicen deducir, que el primero, realizado frente a condiciones de mercado eminentemente variables, por su propia naturaleza, y que sin embargo, no arrojan sino una diferencia apenas del 11 %, sin posibilidad de acreditar que ella obedezca al reflejo sobre el edificio todo, de valor agregado con las reformas, resulta francamente inadmisibles.

Segundo. En los hechos 8o y 12 de la demanda se afirma que los liquidadores oficiales adquirieron para el Banco Bananero del Magdalena en liquidación 450.000 acciones del Banco de la Costa por valor de \$ 4.500,000,00 o sea a \$ 10.00 la acción cuando en realidad el verdadero precio de estas era de \$ 6.00 o \$ 7.00, Agrega que estas fueron adquiridas antes de la cancelación del pasivo externo y en proporción superior al 10% del capital pagado y reservas del Banco Bananero, vale decir, en abierta violación de la ley.

Está plenamente establecido en autos (acta elevada a escritura pública al folio 41 y ss. del cuaderno número de los antecedentes administrativos) que la Asamblea General de Accionistas del Banco Bananero en su sesión del 5 de enero de 1967, dispuso que su presidente, Don Jose Vives de Andreis gestionara y obtuviera del liquidador oficial del banco que el haber social distribuible entre los accionistas se destinara a la compra de acciones del Banco de la Costa, de las que estuvieran a disposición de la junta directiva de esta última entidad. Al valor nominal de \$10.00 para ser distribuidas entre los accionistas a prorrata de sus derechos en el referido haber social distribuible.

Lo anterior demuestra: a) que las acciones no fueron adquiridas de "motu proprio" por la Superintendencia sino a instancias de los propios accionistas: b) que según las instrucciones impartidas eran de las que estuvieran a disposición de la Junta Directiva del Banco de la Costa, lo que significaba que en su valor de compra por unidad, no podía jugar el precio del mercado de valores, sino el nominal, por la muy sencilla razón de que la Junta Directiva no podía vender por precio inferior. Y la instrucción de comprar las existentes a disposición de la Junta Directiva tenía justificación económica en ese momento, pues una operación sobre un volumen considerable de acciones, en mercado abierto, podría elevarlo considerablemente el precio de cada acción en la Bolsa de Valores y hacer mucho, más onerosa la negociación: c) cierto que obra en el expediente (cuaderno número 3 folios 3, 34 y ss. . 38 y ss.), Una carta del señor Vives para los liquidadores revocando la autorización para la compra de tales acciones, pero como en su oportunidad se le responde, la negociación está ya celebrada y en firme con la firma del señor Vives y ya no es posible la revocación del mandato ni la retractación del negocio: d) más supuesta en gracia de discusión la falla de la administración en este primer caso no hubo, o por lo menos no se demostró, daño alguno. En efecto, el dictamen pericial sobre la diferencia entre el valor nominal y el precio en bolsa, de las acciones cuestionadas, para la época de la operación, quedó sin valor legal alguno por no haberse pagado el timbre legal. No vale el argumento del demandante en el sentido de que al desaparecer tal gravamen por virtud de la Ley 2º de 1976, ya no se requiere tal pago de impuestos para la validez del experticio, y es injurídico el argumento, por cuanto la prueba se practicó antes de la vigencia de la Ley 2º de 1976, cuando era ineludible el pago del impuesto de timbre, para su eficacia probatoria ya que conforme al artículo 39 de la Ley 153 de 1887, la producción de la prueba debe regirse por la ley vigente, al momento de su producción y no por otra; e) pero siguiendo con los supuestos hipotéticos, aceptado, en tal valor entendido, que hubo daño, éste reconocería como causa eficiente la culpa de la víctima, por cuanto ya se vió, tal negociación se hizo por orden y gestión de los accionistas de la entidad bancaria, en liquidación, hoy demandante.

En tales condiciones, no puede tratar de deducírsele responsabilidad al Estado por

una negociación que se hizo para cumplir un mandato de los accionistas, en la forma y los términos que ellos mismos indicaron y sin que aparezca lesión patrimonial alguna que, si se hubiera demostrado, habría de imputarse a posible o presunto error de conducta de los mismos accionistas.

Tercero. Sostiene el demandante que los bienes muebles de propiedad del banco fueron vendidos en \$ 1.595.618.52, no obstante que los peritos les señalaron, un valor de \$ 2.011.391.40, según dictamen comunicado en marzo de 1967.

Efectivamente, en un primer momento los peritos hicieron esa estimación (cuaderno número 4 antecedentes administrativos, folio 17) pero posteriormente, el 8 de junio de 1967, modificaron su apreciación, reduciéndola a la suma de \$ 1.595.618.52. según consta en el oficio que obra al folio 17 del cuaderno número 4 de los antecedentes administrativos, que fue el precio de la venta.

Por tanto, no es cierto que el avalúo pericial definitivo haya sido el reseñado por el demandante, sino el tenido en cuenta para la venta de los bienes muebles en, la suma de \$ 1.595.618.52.

Cuarto. En el hecho 10o de la demanda se refiere que, no obstante haber reconocido por cierto, los liquidadores de la Superintendencia, que el abogado Cadavid Gónima había reducido el valor de sus honorarios profesionales por la cobranza a Embotelladora del Caribe, del \$ 210.000.00. a \$160.000.00; se le pagó, en definitiva, la suma primeramente indicada, la cual se cargó a la cuenta de gastos de liquidación. El demandante acompañó una copia de la carta en referencia, la cual obra al folio 30 del cuaderno número 3, pero en ella no se da cuenta de, una rebaja efectiva de honorarios, sino de una simple promesa que en ese, sentido hiciera el abogado. Como quiera que el demandante, adujo ninguna otra prueba al respecto es preciso, concluir que no se demostró en el proceso el hecho aducido en la demanda es decir que la rebaja de honorarios hubiera sido realmente hecha por el abogado Cadavid Gónima.

Quinto. Se afirma en la demanda que se descontaron, sin necesidad, tres pagarés por valor de \$ 675.000.00; provenientes del remate de Embotelladora del Caribe, lo cual significó un menor rendimiento o pérdida, por concepto de principal e intereses, en cuantía de \$ 169.956.14.

Al folio 96 del cuaderno número 3, obra una certificación del Instituto de Fomento Industrial en la cual se acredita que el 16 de octubre de 1969, ese organismo hizo el desembolso número 507, a favor de la Superintendencia Bancaria-Banco Bananero del Magdalena, en liquidación, por la suma de \$ 675.000.00; correspondientes a la cesión de los tres pagarés de \$ 225.000.00, cada uno

girados a favor del Banco Bananero del Magdalena por Embotelladora del Atlántico S. A.

El propio demandante afirma que la suma liquidada recibida del Instituto de Fomento Industrial, se invirtió en la compra de acciones del Banco de la Costa.

En relación con este punto estima la Sala que lo característico de un proceso de liquidación, como su nombre, lo indica, es alcanzar el más alto grado de liquidez, y en este orden de ideas ella se consigue convirtiendo en dinero efectivo unos títulos valores emitidos a determinado plazo y sin garantía específica, con lo que se obtiene el capital inmediatamente y se conjuran los riesgos de una falta de pago a su presentación o a su vencimiento.

No hay constancia en el proceso de que en tal operación haya habido sacrificio de capital, sino simple descuento de los intereses por el plazo faltante, para el vencimiento de los pagarés, lo que no solo es estrictamente comercial sino que se considera, operación financiera altamente favorable.

Y si, por otra parte, el mismo actor asigna como objetivo a la comentada operación de descuento, el completar la suma, necesaria para la compra de las acciones del Banco de la Costa, a nombre de los accionistas individualmente considerados y según acuerdo y gestión de los mismos accionistas, no se ve cómo puede resultar demostrada una falla de la administración o un daño o lesión para la parte demandante.

Sexto. Sostiene el actor que el Banco Bananero del Magdalena, fue privado por omisión, de los liquidadores, oficiales, de los cánones de arrendamiento del edificio vendido al Banco de la República, correspondientes al lapso comprendido entre el 1o de febrero de 1967 y el 19 de diciembre del mismo año, lo cual arrojó una pérdida de \$ 550.000, a razón de \$ 52.400.00 mensuales.

No acreditó el demandante, en este proceso, que el Banco de la República hubiera ocupado el inmueble desde la fecha que se indica en la demanda hasta la fecha en que se perfeccionó el contrato de compra-venta, ni que se hubiera obligado, a título de arrendatario, por la suma que se señala en la demanda. Por consiguiente, sin la prueba de tales hechos, no puede imputársele a los liquidadores la omisión aducida. En cambio, está probado en autos que a la firma de la promesa de compraventa del edificio, el Banco de la República dió, a título de arras, la suma de \$ 6.800.000.00, o sea, algo más del 80% del precio definitivo de la venta y aparece, igualmente que la Superintendencia se comprometió a entregar el edificio "el día de la firma de la escritura pública traslativa de dominio y en la misma fecha hará cesión, en legal forma el citado Banco, de todos los contratos de arrendamiento que existen sobre las distintas oficinas o dependencias del edificio. (Ver folio 22, cuaderno número 3, de los antecedentes administrativos, promesa de compra-venta).

Resulta, pues, sin respaldo de hecho y de derecho, esta última súplica del libelo inicial del litigio.

La última alternativa propuesta por el actor, tendiente a que se estudien sus pretensiones, con fundamento en la responsabilidad directa o indirecta, por culpa, del Código Civil, ha quedado resuelta desfavorablemente en esta providencia, al afirmarse, en forma categórica, que es inútil buscar en las normas de dicho estatuto de derecho privado, las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Absuélvase a la Nación de todas las súplicas de la demanda presentada por el Banco Bananero del Magdalena, en liquidación.

Segundo. En firme esta sentencia, devuélvanse los antecedentes, administrativos a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE VALENCIA ARANGO

ALFONSO CASTILLA SAÍZ

CARLOS PORTOCARRERO MUTIS

**CARLOS DIDACIO ALVAREZ
CONJUEZ**

**VICTOR M. VILLAQUIRÁN M.
SECRETARIO.**

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veintiocho de octubre de mil novecientos setenta seis.

(Firma ilegible).