

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

Gustavo QUINTERO NAVAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Falta personal y exoneración*. III. *Falta personal y ausencia de exoneración*. IV. *Acción de regreso*.

I. INTRODUCCIÓN

El Consejo de Estado había previsto ya en la sentencia “Banco Bananero de Magdalena”¹ las dificultades de la noción de responsabilidad de los funcionarios. Para éste, sólo los daños causados por los agentes del Estado por motivos pasionales constituyen su responsabilidad personal. Por otra parte, la distinción entre falta personal y falla del servicio no tiene incidencias en el juez competente; éste siempre será el juez administrativo.²

La jurisprudencia colombiana puede considerar, en ciertos casos, que la naturaleza de la falta personal cuestionada pueda acarrear la exoneración de la responsabilidad del Estado y, en otros, que la responsabilidad del Estado se compromete a pesar de la falla personal. En estas dos hipótesis hay lugar a la acción de repetición.

II. FALTA PERSONAL Y EXONERACIÓN

Al respecto, el juez colombiano —inspirado en el derecho francés— considera que “la falla personal del agente no exonera a la administración, a menos que ella sea exclusiva y desprovista de todo nexo con el

* Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

¹ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 octubre de 1976. Magistrado ponente: Jorge Valencia Arango. Expediente 1482. Actor: Banco Bananero de Magdalena.

² Véase artículo 78 del Código Contencioso Administrativo.

servicio”.³ Desde que el daño se deba solamente a la falta personal del funcionario, la exoneración de la persona pública demandada no presenta dificultades. Es la hipótesis de un policía que lesiona accidentalmente a un amigo, en su domicilio y con su propia arma.⁴ La muerte de un particular causada por un funcionario, luego de una disputa de orden privado y en un café, dio lugar, igualmente, a la exoneración de la administración por deberse al hecho de la falta exclusiva del funcionario.⁵

Cuando el daño sea la consecuencia de un hecho único, el juez exonera a la administración inspirándose, todavía hoy, en la tesis sostenida por el jurista francés Hauriou, según la cual “en principio, las dos responsabilidades no se acumulan, un hecho no podría ser calificado al mismo tiempo de falla en el servicio y falta personal, porque un mismo hecho no podría ser al mismo tiempo realizado durante el servicio y por fuera de éste”.⁶ El reconocimiento de la existencia de una falta personal excluye entonces, en estos casos, la responsabilidad administrativa sin consideración a un eventual nexo con el servicio. Ciertos asuntos en los que la responsabilidad de la administración no se comprometió por daños causados al utilizar armas de fuego, permitieron justificar la exoneración del demandado a partir de la interpretación jurisprudencial restrictiva de la noción de “nexo con el servicio”. En el caso Alfonso Forero Andrade, el Consejo de Estado consideró que los daños causados por un policía ebrio, durante su día libre, con el arma de servicio, no compromete la responsabilidad de la administración porque “hubo una falla personal exclusiva del agente, desprovista de todo nexo con el servicio”.⁷

³ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 1991. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente núm. 6701. Actor: María Leofani Martínez y otros.

⁴ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 octubre de 1975. Magistrado ponente: Carlos Portocarrero Mutis. Expediente núm. 1405. Actor: Ananías Hernández Vargas.

⁵ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 febrero de 1983. Magistrado ponente: M. Jorge Dangond Flores. Expediente núm. 3493. Actor: Amparo Guzmán de Sánchez.

⁶ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Recueil Sirey, 11a. ed., 1927, p. 313.

⁷ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 1977. Magistrado ponente: Álvaro Orejuela Gómez. Expediente núm. 10090. Actor: Alfonso Forero Andrade.

En caso de funcionarios de la rama judicial, la jurisprudencia había sostenido la irresponsabilidad del Estado con motivo de que “el error judicial debe ser aceptado como el sacrificio que hace todo individuo a cambio de la seguridad jurídica, de la paz y de la tranquilidad ofrecidas por el Estado. Es un riesgo a cargo del administrado, una carga pública que debe ser soportada por toda la colectividad”.⁸ Así, en virtud del antiguo artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, en caso de abuso de autoridad, dolo, fraude, negación de justicia o, en fin, de actuaciones erróneas graves —salvo si el perjuicio habría podido ser evitado mediante un recurso que la víctima no presentó—, la víctima tenía solamente la posibilidad de demandar al juez autor del daño en el marco de un procedimiento de derecho privado. La jurisprudencia justificaba la existencia de esta excepción a la responsabilidad del Estado por el hecho de que el magistrado no actuaba en ese caso “como un representante de la nación”.⁹

Pero la consagración de los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996, que desarrollaron el artículo 90 de la Constitución de 1991, extendieron el régimen general de la responsabilidad del Estado a los daños causados por los jueces, lo que constituye una garantía para las víctimas que, en el sistema anterior, se encontraban frente al problema de la insolvencia del funcionario judicial.

III. FALTA PERSONAL Y AUSENCIA DE EXONERACIÓN

La jurisprudencia interpreta la noción de falta cometida en ejercicio de las funciones de manera muy extensa. Ésta comprende, por ejemplo, la falta cometida con ocasión del servicio, pero por fuera del ejercicio de las funciones propias del cargo.¹⁰ La constatación de la existencia de tal falta, en su significación extensa, comporta el compromiso de la responsabilidad del Estado por “falla en el servicio”. De hecho, esta última absorbe la falta personal del autor del daño.

⁸ Citado por Hoyos Duque, Ricardo, *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Temis, 1984, p. 53.

⁹ CSJ, Sala de Asuntos Generales, sentencia del 20 de febrero de 1931.

¹⁰ En sentencia del 26 de septiembre de 1944, la Corte Suprema consideró que las fallas cometidas con ocasión del cumplimiento del servicio tendrán las mismas consecuencias que aquellas cometidas en el ejercicio de las funciones. CSJ, Sala de Asuntos Generales, sentencia del 26 septiembre de 1944. Magistrado ponente: Arturo Tapias Pilonieta.

El Consejo de Estado colombiano prevé el carácter de falla cometida en el ejercicio de las funciones a las torturas y homicidios practicados por miembros de cuerpos armados. Esta jurisprudencia considera que “el carácter de funcionario autor de atentados graves a las libertades y el marco en que ellos ejercen sus funciones no pueden desprenderse del servicio”.¹¹ Lo mismo sucedió en un caso en el que una joven fue violada por veintidós soldados en un batallón: “este comportamiento completamente ilegal comporta una falla en el servicio”.¹²

IV. ACCIÓN DE REGRESO

Conviene aquí recordar que en el derecho colombiano, el juez de la responsabilidad administrativa fue durante largo tiempo el juez judicial, y no fue sino hasta la reforma de la justicia administrativa en 1964 que el juez administrativo se convirtió en el juez de la responsabilidad del Estado.¹³ Sin embargo, la existencia de un dualismo jurisdiccional no pudo crear inmediatamente una cultura publicista porque los principios del derecho civil no han cesado de guiar la reflexión del juez administrativo ante la responsabilidad del poder público.¹⁴

Para facilitar su comprensión, es conveniente estudiar las relaciones de la administración con sus servidores, según las diferentes teorías sostenidas por la jurisprudencia penal y administrativa. Así, analizaremos primero sus relaciones en el marco del derecho privado (1) y enseguida en el marco del derecho público (2).

¹¹ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de febrero de 1988. Magistrado ponente: Julio César Uribe Acosta. Expediente núm. 3009. Actor: Mariela Torres de Zambrano.

¹² CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 1990. Magistrado ponente: M. Julio César Uribe Acosta. Expediente núm. 6085. Actor: Omayra Gómez Hoya y otros.

¹³ También el juez de la responsabilidad por falla puramente personal del agente en los términos del artículo 78 del nuevo Código Contencioso Administrativo.

¹⁴ Por ejemplo, en un salvamento de voto, en el marco de la sentencia Jaime Rodolfo Moncada Uribe, el magistrado Jorge Valencia Arango cita el artículo 2347 del Código Civil como fundamento de la responsabilidad que permite condenar al Estado por la muerte de un cadete de la marina. CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 abril de 1985. Magistrado ponente: Julio C. Uribe. Expediente núm. 2907. Actor: Jaime Rodolfo Moncada Uribe.

1. *En el marco del derecho privado*

En el marco de la aplicación del derecho privado, dominante hasta 1964, el juez fundaba expresamente sus decisiones en los principios de la teoría de la responsabilidad directa, de la responsabilidad indirecta y de la responsabilidad de una persona jurídica por las actuaciones de sus órganos. Según estas tres teorías, conviene identificar individualmente al autor del daño. En otras palabras, el daño indemnizable debe, en todos los casos, resultar de una falla cometida por una persona física determinada.

Cualquiera que fuera la teoría sostenida, en el marco del derecho privado el juez reconocía entonces la responsabilidad de las personas jurídicas privadas y públicas por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones o con ocasión del servicio.¹⁵ La víctima tenía la posibilidad de demandar por la reparación integral del perjuicio causado a la persona jurídica o al agente autor del daño, o bien, a los dos como deudores solidarios. La víctima que demandaba la reparación de su perjuicio únicamente a la persona jurídica de derecho público podía alegar la presunción de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, porque la administración tenía la obligación de escoger y vigilar correctamente a su personal. Pero a la víctima se le podía oponer el hecho de que la administración no hubiera cometido ningún error al escoger o vigilar a su agente. Si la víctima pretendía obtener reparación por el daño causado, debía entablar una nueva acción contra el autor del daño.

En la práctica, las víctimas escogían demandar solidariamente a la administración y al funcionario que causó el daño. La administración, una

¹⁵ En lo que concierne a los daños causados con ocasión del servicio, se constata una evolución jurisprudencial hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. La Corte considera, en una sentencia del 17 de agosto de 1939, que la responsabilidad del Departamento no puede verse comprometida si los daños son causados con ocasión del servicio (se trata, en el caso concreto, de subalternos que no han cumplido sus deberes de la manera que el gobernador del Tolima esperaba. CSJ, Sala de Asuntos Generales, sentencia del 17 de agosto de 1939. Magistrado ponente: Pedro A Gómez Naranjo. *Gaceta Judicial*, t. XLVIII, núm. 1947, p. 559). Por el contrario, en una sentencia posterior del 26 de septiembre de 1944, la Corte Suprema de Justicia estimó que los daños causados con ocasión del servicio comprometen la responsabilidad de la administración (CSJ, Sala de Asuntos Generales, sentencia del 26 de septiembre de 1944. Magistrado ponente: Arturo Tapias Pilonieta).

vez pagados los daños causados por el funcionario, podía repetir contra éste, demandando la restitución integral, porque en las relaciones administración-funcionarios el daño siempre se consideraba consecuencia de la falta de este último. Sin embargo, la administración no repetía sistemáticamente contra sus agentes.

La urgencia de un nuevo fundamento de la responsabilidad de la persona pública, con la referencia a la teoría de la “falla en el servicio”, no modificó sustancialmente las soluciones resultantes de la aplicación de las teorías de derecho privado en cuanto a las relaciones de la administración y de sus agentes. Los principios civilistas continuaron a sustentar la jurisprudencia en la materia, aun cuando esta influencia se estancó progresivamente.

2. *En el marco del derecho público*

La aplicación progresiva de la teoría de la falla en el servicio a partir de 1971¹⁶ modifica la posición del juez frente al autor del daño. La víctima no se ve obligada a identificar al autor del daño. Ella debe solamente demostrar que el daño resulta de “una falla funcional del servicio, de una falla en la organización del servicio o de una falla anónima”.¹⁷ Además, de la obligación de suministrar en buenas condiciones la prestación del servicio público se desprende una presunción de responsabilidad a cargo de la administración. Siendo así, esta nueva teoría de la responsabilidad no modifica sustancialmente las relaciones de la administración con sus agentes. De una parte, la administración, responsable de un daño causado por uno de sus agentes en el marco del ejercicio de sus funciones o con ocasión del servicio, puede siempre exigir al funcionario el pago de la indemnización entregada al demandante, y por otra parte, los perjuicios causados por fuera de los “servicios públicos” siguen comprometiéndolo la responsabilidad exclusiva del autor.

Pero la rareza de las acciones iniciadas por la administración en contra de sus agentes incitó a la mayoría de los autores a pensar que el derecho colombiano no autorizaba las acciones contra el funcionario autor de una

¹⁶ CSJ, sentencia “Tinjacá”, citada en Arciniegas, Antonio José, *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, Temis, t. I, p. 194.

¹⁷ CSJ, sentencia del 30 junio de 1962. Magistrado ponente: José J. Gómez, citado en *ibidem*, p. 198.

falta, fuese ésta intencional o grave.¹⁸ En realidad, la persona pública se beneficiaba de un régimen que le permitía repetir contra los autores de daños causados a terceros y a la administración en sí misma, según las reglas del derecho civil.¹⁹ Esta inquietud no fundada de los autores parece que fue la causa de un proyecto de ley elaborado por el Consejo de Estado, en 1961, acerca de las relaciones de los funcionarios y la administración. Este proyecto de ley, que por cierto nunca llegó a su fin, buscaba dar un soporte legal a las acciones judiciales de la administración contra sus agentes, porque el juez administrativo manifestaba una cierta reticencia a referirse a los artículos del Código Civil.²⁰

El artículo 77 del Decreto 01 del 2 de enero de 1984 (Nuevo Código Contencioso Administrativo) consagra la obligación de la administración a repetir contra sus funcionarios por las fallas graves o dolosas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Se resalta que el legislador extraordinario precisa, por primera vez, las características de la falla susceptible de comprometer la responsabilidad personal del funcionario frente a la administración: falta grave o dolosa. El artículo 78 de este decreto precisa que las víctimas pueden, a su libre elección, demandar ante el juez administrativo a la administración, al funcionario o a los dos al mismo tiempo. Si el juez condena a la administración y al agente, la administración debe entonces pagar la indemnización total a la víctima, pero repetirá contra el funcionario por su parte de responsabilidad fijada en la sentencia. Esto sucedería en el caso en que el demandante haya presentado una demanda contra la persona pública solamente.

La existencia de normas que regulan las relaciones entre la administración y sus agentes no ha contribuido al cambio de jurisprudencia tan

¹⁸ Véase Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 9a. ed., núm. 578; Hoyos Duque, Ricardo, *op. cit.*, nota 8, p. 104; Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, Temis, 1987, p. 400. Este último afirma que “la posición del derecho francés en este sentido permanece superior a la del derecho colombiano porque la diferenciación que el primero hace de la falla personal y de la falla en el servicio le permite sancionar a los empleados que realizaron fallas personales comprometiendo la responsabilidad de la administración”.

¹⁹ El profesor Jaime Vidal Perdomo se muestra muy sorprendido al ver cómo la administración no presenta recursos contra sus funcionarios culpables siendo que existen numerosas normas, del Código Civil, que lo autorizan. Véase Vidal Perdomo, *op. cit.*, nota anterior, p. 400.

²⁰ Para el resumen de este proyecto de ley véase Hoyos Duque, Ricardo, *op. cit.*, nota 8, pp. 101 y ss.

esperado por la corriente mayoritaria de la doctrina en lo que concierne a la efectividad del ejercicio de la acción.

Con ocasión de la Constitución de 1991, el Constituyente insiste en la obligación de intentar la acción de repetición contra el funcionario que haya causado un daño por dolo o culpa grave. Acción que seguramente nunca será suficiente para lograr el propósito de la sociedad de hacer efectivo el pago por parte del funcionario, porque en muchos casos se tendrá que enfrentar a la insolvencia de los servidores públicos.

Esta intención del Constituyente fue reforzada con la promulgación de la Ley 678 del 4 de agosto de 2001, por la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. El objeto de esa Ley es el de regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.²¹ Esta misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Según la citada Ley, para efectos de repetición, el contratista, el interviniente, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

El artículo 5o. de la Ley establece las conductas que se presumen dolosas de la siguiente manera:

- 1) Obrar con desviación de poder.
- 2) Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
- 3) Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

²¹ Artículo 1o. de la Ley 678 de 2001.

- 4) Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
- 5) Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Por su parte, el artículo 60. de la misma ley señala que “la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”. El artículo considera como causas en las que se presume la conducta gravemente culposa las siguientes: *a)* violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; *b)* carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; *c)* omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos, determinada por error inexcusable, y *d)* violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

El juez administrativo es el competente para conocer de la acción de repetición (artículo 70.). Ninguna de las entidades legitimadas para imponer la acción de repetición podrá desistir de esta acción (artículo 90.). La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública (artículo 11). En los procesos de acción de repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se podrá decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro (artículo 23).

Para decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado.

La Ley (artículo 19) prevé igualmente el llamamiento en garantía en los siguientes términos:

Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al

que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

Finalmente, conviene comentar que el 18 de agosto de 2000, el Congreso de la República había promulgado la Ley 610 por la que se estableció el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. El artículo 53 de dicha ley considera que:

El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

La constitucionalidad de esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional particularmente por haber contemplado un grado de culpa más exigente en este tipo de responsabilidad que cuando se trata de la acción de repetición. La Corte, en la sentencia C-619 de 2002, accedió a la pretensión bajo el siguiente argumento:

El criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el Constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía. De aceptarse el tratamiento diferencial, se estaría desconociendo abruptamente el fundamento unitario y la afinidad y concordancia que existe entre los distintos tipos de responsabilidad que confluyen sin distingo ninguno en la defensa del patrimonio público.²²

²² Corte Constitucional, sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. Magistrados ponentes: Jaime Córdoba Treviño y Rodrigo Escobar Gil.

Lo anterior confirma una voluntad política importante que busca evitar los excesos de los servidores públicos y de todas aquellas personas que de una u otra forma tienen que ver con el manejo de los recursos del Estado, persiguiendo su propio patrimonio. Esta situación puede ser cuestionada por cuanto podría pensarse que los temores de los servidores públicos podrían llevar a una parálisis de la misión del Estado. El futuro dirá quién tiene la razón.