

RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Hernán Guillermo ALDANA DUQUE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La responsabilidad contractual*.
III. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. IV. *Re-*
glas aplicables.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la Constitución de 1886 se ha considerado que el Estado administrador responde tanto por incumplimientos culpables de sus contratos como por hechos que generen perjuicios a terceros por fuera del de un contrato.

Luego, bajo el imperio de la Constitución Política adoptada en 1991 se ha consagrado a nivel constitucional, por primera vez en forma expresa, la responsabilidad de las distintas clases de autoridades: administrativas, legislativas y judiciales.

En efecto, en el artículo 90 de la Constitución se señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”.

Respecto de los dos géneros de responsabilidades, la contractual y la extracontractual, la jurisprudencia ha enseñado que ellas son diferentes; no obstante, en la actualidad se observa un movimiento de los jueces administrativos en sentido contrario.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que los dos géneros de responsabilidad no pueden acumularse sin distorsionarlos, ni puede aplicar-

* Ex consejero de Estado de Colombia, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ex contralor general de la República.

se a la responsabilidad contractual las reglas propias de la aquiliana; no obstante, cuando exista un perjuicio cuyo encuadramiento no pueda definirse precisamente en el campo contractual o extracontractual, debe buscarse el que mejor corresponda.

El Consejo de Estado (tribunal supremo de lo contencioso administrativo) ha sostenido:

En el campo de la responsabilidad no se pueden confundir las acciones, para hablar de falla del servicio cuando la causa es un acto administrativo ilegal o viceversa. De allí que no pueda caprichosamente elegir la acción y volver, por ejemplo, de reparación directa lo que es de restablecimiento.

Para la Sala, la omisión en que incurrió la administración al adjudicar el contrato, sin tener en cuenta para ello el criterio “solvencia económica” exigido por el pliego de condiciones, no conformó un hecho en sentido estricto, cuestionable en una acción directa. Ella no fue más que un típico caso de ilegalidad. La parte demandante debió solicitar su nulidad y como consecuencia la indemnización de perjuicios y no acudir a una acción indemnizatoria directa artificialmente apoyada en una sedicente “omisión” configurativa de falla del servicio.

Y también ha expresado que “reiteradamente ha dicho esta corporación, acorde con igual prevención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que no puede acumularse la responsabilidad extracontractual con la contractual, porque su distinta y opuesta naturaleza hace que se excluyan y conlleven la ineptitud sustantiva de la demanda”.¹

En la jurisprudencia anterior a 1991, la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró la naturaleza antijurídica del daño cuando sostuvo que la responsabilidad extracontractual puede resultar del incumplimiento de obligaciones puramente legales contraídas por el hecho unilateral y voluntario del deudor o nacidas del cuasicontrato y, finalmente, del incumplimiento de la obligación o deber general que tiene todo miembro de la comunidad de no causar injustamente daño a los demás, es decir, de no incurrir en delito o cuasidelito; igualmente, sostuvo que el hecho ilícito

¹ CE, sentencia del 17 de julio de 1980. Magistrado ponente: Valencia Arango. Expediente 2579. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. XCIX, citada por Giraldo Gómez, María Elena y González Cerón, Nubia, *Diccionario Jurídico*, Medellín, Díké, 1982, t. III, p. 612.

puede consistir en obrar sin derecho o en abusar de un derecho; el hecho ilícito puede ser cometido en ejercicio de una actividad no peligrosa o en el de una actividad peligrosa; puede, en fin, ser o acción u omisión directa del responsable, o hecho de tercero, de animal o de cosa material dependiente del responsable o en virtud de determinada relación legal que permite imputar el daño a éste; y ha agregado que existe una obligación general de no causar injuria o daño a otro, por lo cual el hecho ilícito no es simplemente el que está en desacuerdo con un mandato expreso de la ley que le impone una obligación a un sujeto y concede un derecho correlativo a otro, sino todo aquello que contradiga el principio general implícito de no causar mal a nadie.²

En 1991, con apoyo en la doctrina española, el Consejo de Estado consideró:

Reestudiada la jurisprudencia vigente, y particularmente el fallo de ocho de marzo de 1984, que se cita en la sentencia, la sala considera que la situación fáctica que se recoge en la causa Petendi debe manejarse a la luz de la idea de lesión como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación. Este concepto ha sido desarrollado en la doctrina española por Leguina y García de Enterría. Para el primero, “...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada —por imperativo explícito del ordenamiento— a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica” (cita de J. M de la Cuétara, *La actividad de la administración*, Tecnos, p. 554).

Dentro de este marco, la responsabilidad de que trata el artículo 2350 del Código Civil se torna objetiva en el derecho administrativo, pues como lo enseña el profesor J. M. de la Cuétara, no se trata de ningún perjuicio *causado* antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial.³

² Sentencia del 19 de junio de 1989, magistrado ponente: De Greiff R., Gustavo. Expediente 4678, citada en *ibidem*, p. 2187.

³ Sentencia del 27 de junio de 1992, magistrado ponente: Uribe Acosta, Julio. Expediente 6454, citada en *ibidem*, p. 2327.

A renglón seguido el fallo inserta sentencias en parecido sentido, expedidas antes de 1991.

Con base en la disposición constitucional citada, la jurisprudencia reciente ha entendido que “el perjuicio que da origen a la responsabilidad es el antijurídico, y esta nota hay que buscarla en el hecho en sí mismo, no en la conducta que lo causa. Por ello no existe antijuridicidad cuando el particular está obligado a soportar el perjuicio”.⁴

II. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La responsabilidad del Estado puede verse comprometida en razón de la preparación, celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos estatales, esto es, los que, en general, celebran las entidades que hacen parte del Estado.

La responsabilidad del Estado tiene, por regla general, su fundamento en la culpa o el dolo de los agentes de la administración pública; excepcionalmente, puede existir responsabilidad extracontractual sin culpa de la administración.

Es así en los casos de ruptura del equilibrio financiero o ecuación financiera del contrato, por ejemplo en los eventos de las dificultades materiales imprevistas para el contratista que altere la relación de igualdad en las prestaciones y contraprestaciones que se tuvo en cuenta en el momento de contratar; igual ocurre cuando por una medida jurídicamente válida y justificada de la administración, dicho equilibrio también se altere en detrimento del contratista y sin su culpa.

También es responsable el Estado administrador o contratante, en general, cuando por razón del incumplimiento del contrato causa perjuicios que pueden o no alterar el equilibrio económico-financiero del contrato.

La Ley de Contratación Pública —Ley 80 de 1993— regula algunos aspectos de la responsabilidad contractual bajo un régimen propio; en lo no previsto en ella, remite a las disposiciones de los códigos Civil y Comercial.

El Consejo de Estado ha sostenido que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública, es como si la ejecutara directa-

⁴ Sentencia del 16 de noviembre de 1992, magistrado ponente: Uribe Acosta, Julio. Expediente 7130, citada en *ibidem*, p. 2325.

mente. Es ella la dueña de la obra; los perjuicios que se causen por el contratista a terceros son responsabilidad de la administración; que no pueden oponerse a terceros los pactos de indemnización que celebre con el contratista, “vale decir, para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a aquéllos, pues ella es la responsable de los servicios públicos y por ende se obliga bien sea porque el servicio no funcionó, funcionó mal o inoportunamente. Elementos éstos que son constitutivos de falta o falla del servicio”.⁵

Para que se pronuncie en vía judicial la declaración de la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato y se haga la condena a la indemnización correspondiente debe promoverse acción contractual, según lo dispone el artículo 87 del Código de lo Contencioso Administrativo.

III. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad del Estado, independientemente del contrato, puede tener su fuente en actos administrativos unilaterales, en omisiones, en actuaciones intencionales o involuntarias, o en vías de hecho materiales que produzcan efectos jurídicos dañosos a los administrados o a otras administraciones.

Por otra parte, de vieja data,⁶ la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia admitió la responsabilidad del Estado administrador, por fuera de una relación contractual, por hechos de sus empleados.

Para obtener la declaración de la responsabilidad derivada de decisiones unilaterales de la administración que revistan la forma de actos administrativos y se pronuncie la indemnización correlativa, debe intentarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del mismo Código).

Para la declaración de la responsabilidad derivada de hechos, operaciones administrativas materiales, omisiones y vías de hecho materiales de la administración y la formulación de la indemnización pertinente, de-

⁵ CE, sentencia del 28 de septiembre de 2003. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 14.397. Copia tomada de *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 376, abril de 2003, pp. 641 y ss.

⁶ Véase CSJ, sentencia del 20 de octubre de 1898, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, año V, núms. 685-686, pp. 54-57. Declaración de la responsabilidad del Estado por ocupación de inmuebles por el ejército de la Confederación Granadina en 1870.

be ejercerse la acción de reparación directa (véase artículo 86 del Código de lo Contencioso Administrativo y sentencia del 31 de agosto de 1990, Pte. Betancur, expediente 5817). También debe buscarse mediante esa acción la reparación de perjuicios derivados de la ejecución de actos administrativos derogados o inexistentes *a posteriori*.⁷

Los perjuicios derivados de la omisión de suscribir un contrato administrativo generan acción de responsabilidad extracontractual y no contractual.⁸

La jurisprudencia del Consejo de Estado declara la responsabilidad por culpa de la administración cuando los funcionarios públicos padecen atentados en cuya acusación se presenta una omisión de protección, ocurrencia atribuible a la administración aun cuando los mismos funcionarios no hayan requerido protección especial.⁹

Desde la Constitución de 1991, el Estado colombiano responde por los perjuicios antijurídicos que cause con su actuar o en su omisión, cualquiera de las ramas del poder público, según se desprende del texto del artículo 90 de la Constitución.

IV. REGLAS APLICABLES

1. *En materia de responsabilidad contractual*

De acuerdo con la legislación vigente (Ley 80 de 1993, artículos 32 y concordantes), la responsabilidad contractual del Estado y de sus organismos o entidades dependientes se define a la luz de las normas civiles y comerciales que les sean aplicables a los contratos que celebren, sin

⁷ Véase CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de septiembre de 1988. Magistrado ponente: Arciniegas Baedecker. Expediente R-030, con importantes salvamentos de voto, en López Morales, Jairo, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Santa Fe de Bogotá, Derecho y Ley, 1997, t. II, pp. 220 y ss.; igualmente, CE, sentencia del 13 de septiembre de 1985. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3134 (p. 544).

⁸ CE, sentencia del 4 de junio de 1985. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3066, en *ibidem*, pp. 553 y 554.

⁹ En tal sentido, CE, Sala Plena Contenciosa Administrativa, sentencia del 12 de julio de 1988; CE, sección tercera, sentencia del 8 de noviembre de 1991. En esa materia, tesis contraria en CE, sentencia del 17 de febrero de 1983, expediente 3331.

perjuicio de la utilización de reglas propias de derecho público en la materia.

Como reglas especiales de derecho público están las que se derivan de la aplicación de la norma que prevé la obligación de garantizar la preservación del equilibrio financiero del contrato, así como la de la aplicación de la noción de indemnización subsecuente a todo incumplimiento de obligaciones contractuales que causen perjuicio al contratista.

2. En materia de responsabilidad extracontractual

Por regla general la jurisdicción de lo contencioso administrativo acude al concepto de culpa del servicio para levantar sobre él la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, aunque sin abandonar del todo los lineamientos generales consagrados en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

De otra parte, textos constitucionales y legales particulares consagran reglas sobre la responsabilidad de la administración, como en el caso de las ocupaciones de la propiedad de inmuebles en tiempo de guerra o la responsabilidad por la ejecución de obras públicas.

La jurisprudencia acoge con gusto el concepto de culpa proveniente del derecho civil para aplicarla, cuando es el caso, en materia de responsabilidad contractual y extracontractual en los procesos o litigios que debe decidir.