

¿La responsabilidad objetiva cumple con los fines de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en Colombia y España?

Does the objective responsibility comply with the purposes of the equity responsibility of the public administration in Colombia and Spain?

RESUMEN

El sistema de Responsabilidad Objetiva existente en Colombia no es propio del sistema jurídico colombiano, por lo tanto adolece de los mismos problemas de su origen que es el Derecho español, y estos problemas afectan de manera grave los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, haciendo necesario un replanteamiento para subsanar estos inconvenientes y transformando el sistema de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública colombiano en uno a la vanguardia en la región.

El enfoque de la presente investigación es de carácter deductivo, porque partirá de fundamentos jurídicos previamente establecidos en sistemas tanto en Francia como en España. También se estudiarán conceptos generales de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública; para así lograr establecer si la Responsabilidad Objetiva cumple o no con los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad objetiva, Funcionamiento anormal, Funcionamiento normal, Culpa, Responsabilidad subjetiva, Fines de la administración, Prevención, Indemnización, Control y títulos de imputación.

ABSTRACT

The system of Objective Responsibility existing in Colombia is not typical of the Colombian legal system, therefore it suffers from the same problems of its origin the Spanish law, and these problems seriously affect the purposes of the Equity responsibility of the Public Administration, which needs a rethinking in order to overcome these inconveniences and transform the Equity responsibility of the Public Administration into one at the forefront of the region.

The approach of the present research is of a deductive character, because it will start from juridical foundations previously established in systems in both France and Spain. It will also study general concepts of the Equity responsibility of the Public Administration; in order to establish whether or not the Objective Responsibility complies with the purposes of the Equity responsibility of the Public Administration.

KEYWORDS

Equity responsibility, Abnormal functioning, Normal functioning, Fault, Subjective responsibility, Administration purposes, Prevention, Compensation, Control and imputation titles.

RONALD EDGARDO CUENCA TOVAR

Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster Avanzado Oficial en Ciencias Jurídicas de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona y Doctorado en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

JUDITH PATRICIA BELTRÁN RAMÍREZ

Abogada egresada de la Universidad Libre sede Bogotá. Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Libre Facultad de Ciencias de la Educación. Magistrante en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Abogada litigante en Derecho Penal, Derecho Penal Militar, Derecho Disciplinario y Derecho Contencioso Administrativo. Docente universitaria en materia de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional del Conflicto Armado en la Universidad Santo Tomás y Universidad Agustiniiana. Docente de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Disciplinario, Derechos Humanos en Escuelas de Formación de la Policía Nacional y Ejército Nacional. Docente de Investigación de la Universidad Manuela Beltrán de la Facultad de Derecho y Tecnología de Investigación Criminal. jpb75@hotmail.com

Recibido: 15 de marzo de 2015 • Aceptado: 21 de agosto de 2015

INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda una problemática que se viene presentando y acrecentando en los últimos años, que tiene que ver con el cumplimiento de los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por parte del régimen de Responsabilidad objetiva frente a una Responsabilidad subjetiva basada en la culpa; el cumplimiento de estos fines se debe ver desde la incidencia tanto en el aspecto económico del Régimen objetivo llegando hasta la afectación de dicho régimen en la sociedad o en los directos destinatarios.

Para empezar a abordar el problema jurídico planteado se debe primero realizar un breve recuento histórico de la aparición de la Responsabilidad objetiva en el mundo. Se origina en Francia pero actualmente no se aplica de la misma manera en la que nació, sino una forma completamente delimitada y restringida, usando como regla general la Responsabilidad basada en culpa.

Así mismo se plasmará el origen español del sistema de Responsabilidad colombiano que tomó como imagen el sistema jurídico español de carácter objetivo global consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución española, en el cual no se aplica desde ningún punto de vista la Responsabilidad basada en la culpa; esto es necesario para identificar los problemas que afectan a ambos sistemas, tanto el colombiano como el español, por la existencia de un Régimen de Responsabilidad Ob-

jetiva aplicado de manera desmesurada, lo que hace necesario un replanteamiento de dicho régimen y proporcionarle unos nuevos alcances para así volverlo dinámico y flexible.

METODOLOGÍA

El enfoque de la investigación será de carácter deductivo. Este proceso de investigación se llevara a cabo en tres fases, en la primera se realizará una revisión bibliográfica, lo que implicará el estudio de doctrinantes tanto franceses como españoles y colombianos, para que de esta manera se pueda construir una base dogmática sólida, luego de tener claros los orígenes de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, sus principios y las falencias del sistema, se abordará como segunda fase un análisis crítico de los sistemas vigentes en cuanto al cumplimiento o no con los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, y como tercera fase se planteará un sistema ante de Responsabilidad que cumpla lo mejor posible con los fines de la responsabilidad si es del caso.

RESULTADOS

A continuación, se presentan los resultados de la investigación planteada, con fundamento en un estudio de Derecho Comparado, para establecer el cumplimiento o no de la Responsabilidad objetiva, los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

Orígenes del sistema de Responsabilidad en Colombia

En Colombia los orígenes de un sistema de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública los podemos encontrar en el antecedente francés del famoso fallo blanco (Arret Blanc, 1873) este fallo pone fin a la irresponsabilidad de la Administración Pública; dentro de este fallo el Tribunal de Conflictos de Francia dijo:

“Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular.

Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

Que, por ende, en los términos de las leyes arriba referidas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer”.

Mediante la anterior sentencia del Tribunal de Conflictos dio por terminado la irresponsabilidad de la Administración Pública frente a los administrados, pero este hecho no significó que en todo caso en donde se encuentre involucrada la Administración siempre va a existir responsabilidad de manera automá-

tica, sino que manifiesta que el hecho dañoso debe venir acompañado de otros eventos accesorios al hecho mismo, como un nexo causal y un daño.

Posteriormente se empiezan a ver las dificultades propias de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, como es si se debería tener en cuenta la participación del agente causante del daño o solo basta ver el resultado del hecho, sin importar la participación o no de la voluntad del agente (Caso Pelletier, 1873). Esta dicotomía en el pensamiento trajo la teoría de la responsabilidad sin falta de la cual se derivó la teoría del riesgo (Caso Renault - Desrozier, 1919) y la teoría del daño especial (Caso Coureas, 1923) (ruptura de la igualdad de las cargas); la anterior ampliación indemnizatoria obedece al incremento de las demandas en contra de la Administración y los diferentes casos hipotéticos que se venían presentando, pero a pesar de la existencia de la Responsabilidad por culpa o falla en el servicio y la Responsabilidad objetiva, la falla en el servicio nunca desapareció completamente sino que se convirtió en la regla general y la Responsabilidad objetiva o sin culpa en la regla especial.

Es así como la Responsabilidad objetiva no se encuentra como predominante ni en Francia país que la ideó, sino que coexiste y de manera especial y limitada con la Responsabilidad basada en la culpa (Rene, 1996). Hoy en día, pese a la consolidación y expansión de la Responsabilidad sin culpa u objetiva, continuá siendo sin lugar a dudas, la Responsabili-

dad basada en la culpa o por culpa (*faute de service*) el eje fundamental o regla general del sistema francés (Llorens-Frayse, 1987).

La *faute de service* es entendida como una culpa originada por un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, representa la desviación de la Administración del modelo de conducta para ella fijado. Lo común es que toda falta de servicio, grave o no desencadene la Responsabilidad administrativa, y que deba ser la víctima quien pruebe la existencia de la misma (Mir Puigpelat, 2012).

I. El Régimen de Responsabilidad español tomado como modelo por Colombia

El Régimen de Responsabilidad Patrimonial adoptado por España no siguió los pasos del caso francés sino que se inclinó completamente por la Responsabilidad Objetiva excluyendo por completo el sistema de Responsabilidad basado en la culpa. La evolución del sistema de Responsabilidad español se produjo a partir de la consagración por primera vez de un principio de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública dentro de la Constitución republicana del 9 de diciembre de 1931, dentro la cual aseguraba un deber preparatorio por parte del Estado por los daños y perjuicios que los funcionarios públicos causasen a terceros, posteriormente esta garantía de los administrados fue consagrada dentro de la Ley Municipal de 1935 y durante el Régimen fascista español la primera disposición que trajo esta normatividad fue la Ley Municipal de 1935 y la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950.

Las anteriores fueron la antesala para la expedición de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954, la cual proporcionó el fundamento necesario para impulsar la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. La LEF no se limitó a extender a todas las administraciones públicas las disposiciones indemnizatorias contempladas anteriormente dentro de la Ley de Régimen Local, sino que fue mucho más allá, construyendo un sistema de responsabilidad extracontractual totalmente distinto, que se continúa presentando hasta el día de hoy en España.

La LEF centraba este cambio en su artículo 121.1 según el cual:

“Dará también a indemnización.... Toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contencioso, sin perjuicios de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

El artículo 122.1 a su vez añadía: “En todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Dentro del articulado se pueden apreciar las dos grandes modificaciones que trajo consigo la Ley: primero se habla de una Responsa-

bilidad directa, y en segundo lugar y la más importante de una Responsabilidad objetiva de carácter global; estableciendo el derecho de toda víctima de ser indemnizada no solamente cuando el daño se derivara de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino también, cuando el servicio públicos hubiera funcionado de un modo perfectamente normal, dejando al margen toda concepción de ilicitud o culpa.

García de Enterría fue el primero en definir esta concepción de Responsabilidad objetiva al señalar que cuando la LEF hacía referencia a funcionamiento público se tendría que entender toda actividad típica de la Administración, todo giro o tráfico administrativo, y no ya solo el concreto ámbito de actividad administrativa de tipo prestacional conocida por servicio público (García de Enterría, 1957, p.84).

Según el profesor García de Enterría, al prescindir la LEF de los elementos de ilicitud y culpa para fundamentar la Responsabilidad Administrativa, abandonó la perspectiva de la acción dañosa y erigió el daño, el daño antijurídico, en criterio determinante; partiendo de un principio objetivo de garantía del patrimonio, la nota de la antijuridicidad se predicaba, no ya de la conducta administrativa que podía ser lícita o ilícita sino del daño, siempre y cuando el titular del patrimonio afectado no estuviere en el deber jurídico de soportar este daño; existiría el deber jurídico de soportar un daño cuando hubiere alguna causa de justificación expresa y concreta que lo legitimare (García de Enterría, 1957, p.84).

Los principios establecidos en la LEF fueron recogidos posteriormente por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957, esta Ley, en sus artículos 40 y siguientes, mantuvo el Régimen de Responsabilidad objetivo global establecido por la LEF, mejorándolo técnicamente y aclarando algunas dudas que había suscitado la regulación de 1954.

La cláusula general y los requisitos exigidos al daño quedaron contenidos en un mismo precepto, artículo 40:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. 2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Ya dentro de la vigencia de la Constitución española de 1978, se puede apreciar a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública como una principio de aplicación general del artículo 106, que consagra la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por toda lesión ya sean en sus bienes o derecho sufrida por parte del Estado o sus agentes, constituyéndose de esta manera el Régimen de Responsabilidad

Objetiva como el exclusivo dentro del ordenamiento jurídico español, claramente aceptado por la mayoría de la doctrina, ya que a partir de la Constitución de 1978 se convirtió en precepto constitucional (Arenas Mendoza, 2013).

El Régimen de Responsabilidad Objetiva administrativa en España está establecido en el numeral 2 del artículo 106 de la Constitución de 1978 en los siguientes términos:

“Art. 106-2. Los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán que ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Este artículo sostiene la postura de la responsabilidad global objetiva de la Administración por hechos derivados de servicios públicos, sin importar si el funcionamiento fue o no normal, alejándose por completo de la Responsabilidad basada en la culpa.

Actualmente el Régimen de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en España no solo se encuentra consagrado dentro de la Constitución, sino también en la Ley 30 de 1992 y la Ley 4ª de 1999, donde no se deja espacio a duda del dominio absoluto de la Responsabilidad Objetiva dentro del sistema español.

En Colombia de acuerdo al sistema de responsabilidad a partir de la Constitución de

1886, la Corte Suprema de Justicia fue la titular en resolver los negocios contenciosos en los que tuviera parte la Nación tal y como se encuentra en el artículo 151 de la Constitución de 1886, esta Corte resolvía los asuntos legales con base en el Código Civil, el cual se fundamenta la Responsabilidad pero basada en la culpa, considerando a la Administración como una persona jurídica particular; prueba de esta teoría se puede ver la Sentencia del 22 de octubre de 1898, así:

“La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable”.

Durante este periodo la Corte Suprema de Justicia basaba sus fallos en la teoría de responsabilidad indirecta (Saavedra Becerra, 2004), la que posteriormente fue reemplazada por la teoría de la responsabilidad directa, pero siempre continuando con la aplicación de la teoría de la Responsabilidad con base en la culpa relegando la Responsabilidad objetiva a un segundo plano dentro del mundo de la Responsabilidad.

Este pensamiento sufrió un cambio total cuando entró en vigencia la Constitución de 1991, esta alteración se originó en la Asamblea Nacional Constituyente, cuando el Constituyente Juan Carlos Esguerra presentó una ponencia en la cual buscó sintetizar las teorías y propuestas de un artículo que con-

sagrara la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en Colombia según los parámetros en boga en ese periodo histórico, el Régimen que acogió en este proyecto fue el modelo español de la Responsabilidad objetiva como un mecanismo para suplir los vacíos que originaba la falla en el servicio (Saavedra Becerra, 2003).

El texto y la ponencia del Constituyente Juan Carlos Esguerra fueron discutidos y acogidos unánimemente en la Comisión Primera el 6 de mayo de 1991, consagrando de esta manera la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública de tinte español en Colombia; este deseo de emular el ejemplo español quedó plasmado en la *Gaceta Constitucional* del lunes 20 de mayo de 1991 con el subtítulo “La Responsabilidad Patrimonial de las Autoridades Públicas y del Estado”, así:

“El Régimen que se propone en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que además incorpora los más modernos criterios sobre la materia. En otras palabras, se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”.

La Responsabilidad de la Administración Pública quedó consagrada en la Constitución de 1991 en su artículo 90 por primera vez en la historia, de la siguiente manera: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Así que de acuerdo con los debates dentro de la Asamblea Constituyente y el posterior análisis doctrinal y jurisprudencial, el principio contenido en el anterior inciso transcrito es clara inspiración en el artículo 106.2 de la Constitución española de 1978, incluyendo los problemas que presenta actualmente el sistema de Responsabilidad Objetiva, que se verán a continuación, y su correspondiente desconocimiento de las finalidades de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

II. Los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública

Los problemas que aquejan el sistema de Responsabilidad colombiano no son una eventualidad propia del azar, sino que fueron trasplantados del sistema español, pero los problemas del sistema colombiano, los cuales no serían el tema central de este artículo, no solo se limitan a los inconvenientes originados del sistema español, sino también a la dualidad de sistemas de Responsabilidad existente en Colombia sin que exista prevalencia del sistema objetivo sobre el subjetivo, los dos actuando en ciertos casos sobre las mismas hipótesis produciendo confusión e inseguridad jurídica.

Pero el objeto de este escrito es poner de presente los problemas de la aplicación del sistema de Responsabilidad Objetiva aplicado en España sin ningún tipo de adaptación o interpretación, produciendo el desconocimiento de los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública; la crítica a este sistema es relativamente reciente, curiosamente esta vino de un civilista que inició todo este movimiento que exige un replanteamiento del sistema, el primer autor en plantear la problemática fue Pantaleón Prieto (1994), crítica que ha sido acompañada por otros reconocidos autores como Parada (Vázquez, 2000), Parejo, Jiménez-Blanco y Ortega (1998), Magide Herrero, 1999, Martin Rebollo (1999), Garrido Falla (1997), Tomas Font i Llovet (2000), Díez-Picaso (1999) y Santamaría (2000).

Las anteriores críticas giran en torno al incumplimiento por parte de la Responsabilidad Objetiva de los fines de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Para entregar mayor comprensión de la temática es necesario referirse primero a las funciones de la Responsabilidad Extracontractual en general y a continuación las específicas pero ya centradas en la Administración en particular.

Cuando se habla de funciones generales de la Responsabilidad Extracontractual es indispensable remitirse al Derecho Civil, el cual fue el génesis de la Responsabilidad Administrativa.

Iniciando el recuento de las funciones de la

Responsabilidad en general se encuentra la función reparatoria o compensatoria de la Responsabilidad Extracontractual, que persigue la reparación de los daños producidos a las víctimas; esta es la razón de ser de la Responsabilidad Extracontractual, una responsabilidad sin reparar perdería por completo su esencia por lo que sin este aspecto no se puede hablar de Responsabilidad sino de otro tipo de institución jurídica. Dentro de la primera generalidad se encuentra el daño, sin daño no se puede hablar de responsabilidad, esto se presenta en la entrega a la víctima de una suma de dinero como forma de compensar precisamente un daño sufrido.

La segunda función es la preventiva, las normas de Responsabilidad civil, además de indemnizar, sirven para prevenir la producción de un daño. Para Salvador Coderch y Castiñeira, es importante distinguir la función preventiva y retributiva (Coderch, Palou, 1997), así no se encuentra ningún impedimento para que el Derecho de daños no pueda ser utilizado, junto con otras ramas del Derecho, como instrumento para reducir el número y gravedad de los accidentes.

Y por último, se encuentra la función denominada por Salvador Coderch y Castiñeira, demarcatoria, esta consiste en que la Responsabilidad civil cumple dicha función en la medida en que delimita el área de las conductas y actividades a las que vincula el deber indemnizatorio, distinguiéndola de la otra gran área contrapuesta: la de las conductas y actividades no generadoras de responsabilidad. De esta manera la Responsabi-

lidad civil, delimita la libertad de actuación de las personas (*Handlungsfreiheit*), señalando qué se puede hacer sin responder y qué actuaciones conllevan responsabilidad.

Una vez descritas las funciones de la Responsabilidad en general, se tratarán las funciones propias de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, de las que posteriormente se establecerá si la Responsabilidad Objetiva cumple o no con sus funciones; para empezar se encuentra la reparación de daños, que se derivará del hecho dañoso administrativo, porque tal y como lo señala la doctrina española esta función persigue ante todo la garantía patrimonial de los particulares (García de Enterría, 1984).

Como ya se explicó en la parte general, la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública cumple una función preventiva (Font i Llovet, 2000), con el fin de evitar la acusación de daños por parte de la Administración Pública y sus agentes, a través del incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer unas indemnizaciones eviten y procuren que sus acciones se encasillen en una obligación de cuidado.

En tercer lugar en la función de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública se encuentra la función de control, fue el profesor García de Enterría que detectó esta importante función ya hace más de 40 años, cuando escribió:

“A través de la verificación de la imputación en estos supuestos, la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formida-

ble control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos, como efectivamente viene realizando en Francia el Conseil d Etat, de este modo, a la vez que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, se ejercita un saludable control sobre el funcionamiento administrativo” (García de Enterría, 1957, p.84).

Igualmente sobre esta función Martin Rebollo afirma que, la Institución de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración ha sido siempre abordada desde la óptica de la garantía que represente este control para los administrados y para la propia Administración asegurando su adecuado funcionamiento (Martin Rebollo, 1991).

Siguiendo lo establecido en las funciones generales la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública también cumple una función demarcatoria, el conjunto normativo regulador de la Responsabilidad de la Administración debe configurarse como un sistema demarcador, el cual delimite con claridad y precisión qué actuaciones públicas generan el deber indemnizatorio y cuáles por exclusión no; por ende, las normas de Responsabilidad Administrativa deben servir para definir con claridad el ámbito de actuación libre de responsabilidad, esta función se encuentra estrechamente relacionada a la necesidad de certeza del Derecho expresada en la seguridad jurídica (Mir Puigpelat, 2012). Principio imprescindible tanto para el interés general y el correcto funcionamiento de los servicios públicos como para los propios ciudadanos.

La última función de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración resulta ser la más controversial dentro del nuevo pensamiento y desarrollo doctrinal español, la cual no tardará mucho en ser asimilada o planteada por algún autor en Colombia. La función redistributiva consiste en el aseguramiento por parte de la Administración de su propia responsabilidad, e igualmente cuando las víctimas de los daños producidos por la Administración también suelen estar cubiertos por las compañías de seguros, ahora cada vez más presentes en la vida de los ciudadanos.

Una vez ya explicados y aclarados los alcances de las funciones de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, a continuación se entrará a establecer si efectivamente el sistema de Responsabilidad Objetiva cumple o no con las anteriores funciones señaladas.

El sistema de Responsabilidad objetiva aplicado actualmente en Colombia como fiel copia del existente en España adolece de unas inconsistencias, como las siguientes:

Ni la Constitución española de 1978, ni la Constitución colombiana de 1991 imponen la Responsabilidad objetiva sin límites ni condicionamientos: el caso español es curioso debido a que la Constitución en ningún momento de su articulado menciona siquiera una consagración específica al sistema de Responsabilidad Objetiva en su artículo

106.2*, es la Constitución la que le concede esta atribución a la Ley pero en ningún momento es establecida directamente por ella, es así como la Ley introduce en un mismo saco todos los diferentes supuestos de responsabilidad para ser resueltos de una misma manera sin ningún tipo de consideración adicional juzgando tanto el funcionamiento normal como el anormal de la Administración Pública igual.

Dentro del caso colombiano encontramos el artículo 90** de la Constitución colombiana, la cual no manifiesta de forma expresa la prevalencia del sistema objetivo sobre el subjetivo o fundamentado en culpa, porque se puede entender como un artículo abierto, debido a esta amplitud se deja en libertad de elección del Juez el modelo de responsabilidad a aplicar, lo que producirá inseguridad jurídica. Igualmente la única guía que poseen los jueces en Colombia es la jurisprudencia y el precedente judicial, pero hay que recordar que el precedente judicial no es muy confiable en casos de Responsabilidad Patrimonial, como ocurre por ejemplo en casos de Responsabilidad Administrativa por actos terroristas en los cuales el Consejo de Estado como Tribunal Supremo en lo Contencioso

* Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

Administrativo, en casos fácticos iguales falla y aplica títulos de imputación diferentes provocando confusión tanto para los administradores de justicia como a las víctimas de estos hechos; abonando así más confusión a la ya creada por parte de la Constitución al no conceder preminencia de un sistema sobre otro, debido a que Colombia es uno de los pocos países en el mundo en los que se aplican los dos sistemas de manera coetánea y sin reglamentación alguna.

Igualmente es necesario un replanteamiento de la teoría de riesgo e igualdad de las cargas públicas como fundamento de la Responsabilidad objetiva, tanto en el sistema español como colombiano. Siempre asociamos el criterio de beneficio con la idea de lucro, ya no se puede ver que cualquier actividad peligrosa puede constituirse en fundamento de la Responsabilidad objetiva, los supuestos de riesgo deben ser más restringidos y delimitados a las actuaciones, las cuales de verdad implicarán un beneficio económico o una retribución importante para la administración. Esta figura tuvo su origen en el Derecho Civil, el cual justificaba la aplicación de Responsabilidad objetiva de los particulares que se beneficiaban patrimonialmente exponiendo a peligros a sus congéneres; esta hipótesis se trasladó al sistema del Derecho de la Responsabilidad Pública, pero al momento que ocurrió este traslado se desconoció que la Administración Pública normalmente no persigue lucro alguno (Mir Puigpelat, 2012), porque de por sí la Administración persigue un fin colectivo en ningún momento privado, salvo cuando esta funge como particular en estos

casos sí operaría la teoría del riesgo, pero en su actuar normal y cotidiano orientado a los fines públicos sería completamente errado aplicar dicha teoría, porque estuviéramos penando a la Administración por actuar en beneficio de los propios administrados.

Acertadamente también lo manifestó el profesor Pantaleón Prieto en su momento así:

“en la ya centenaria polémica sobre la objetivación de la Responsabilidad civil extracontractual siempre ha sido un argumento recurrente que quien se beneficia de una actividad debe soportar los daños por ella causados: *ubi emolumentum, ibi onus*. Y muchos han considerado que el señalado principio debería conducir a que la responsabilidad sin culpa tuviera sus límites en las actividades de las Administraciones Públicas y, en general, en todas aquellas no guiadas por una finalidad lucrativa” (Pantaleon Prieto, 1994).

Resulta claro que la Responsabilidad Objetiva no es viable económicamente para la Administración Pública, en España generalmente este es el argumento más sostenido por los detractores de la Responsabilidad Objetiva en ese sistema, pero los defensores sostienen que a pesar de ser responsabilidad objetiva global el sistema ha funcionado sin que esto implique la ruina económica de las Administraciones; esta postura resulta en parte verdadera pero también explicable en que jurisprudencialmente los jueces no aplican la Responsabilidad Patrimonial de carácter global tal y como fuera ideada, porque gene-

ralmente la jurisprudencia intenta identificar en cada caso concreto un funcionamiento anormal de un servicio público que justifique la responsabilidad administrativa (Mir Puigpelat, 2000). En Colombia el Consejo de Estado se percató de esta situación en el año de 1992, y rápidamente como fue señalado en apartes anteriores procedió a dejar con vida la Responsabilidad basada en culpa, alegando que existían tipos de obligaciones que eran de medio, haciendo referencia a las obligaciones en el ámbito sanitario; sería imposible aplicar un sistema de Responsabilidad Objetiva dejando vigente la responsabilidad basada en culpa pero creando un sistema de birresponsabilidad en el cual ninguno de los sistemas es la regla general, o señalando una regla especial.

CONCLUSIONES

De lo expresado anteriormente queda claro que la Responsabilidad Objetiva no va a satisfacer adecuadamente la función de control, ni la preventiva ni la redistributiva, debido a que si nos apegamos a la concepción objetiva de que la Administración responderá siempre cuando actúa de manera normal como anormal, por sustracción de materia ya no habría nada que controlar sería completamente innecesaria esta función. La Administración solo se configuraría como un instrumento preparatorio, lo que sería la única función que cumpliría en su totalidad este tipo de Responsabilidad. De esta manera al negarle la función de control a la Administración a Responsabilidad Objetiva le estaría cerrando cualquier tipo de mejoramiento en

su labor, porque ya no se encontraría el incentivo a un mejoramiento de su labor. Pero si se aplica la Responsabilidad basada en culpa se cumpliría totalmente esta función debido a que la Administración se esforzaría constantemente en el mejoramiento de sus servicios, ante la posible responsabilidad en caso de una prestación anormal.

Igualmente, la función de control se encuentra estrechamente unida a la función de la prevención, en sentido en que la Administración y sus funcionarios intentarán en todo momento prever y prevenir que sus actuaciones afecten a los administrados, esto aplicado a la Responsabilidad por culpa, pero en una Responsabilidad objetiva no existiría este esfuerzo por parte de los agentes de la Administración al ser cuidadosos con su proceder ante la posibilidad de una condena por sus actos. Algunos administrativistas dirán que esta falencia se encuentra asumida por la acción de repetición, pero es de recordar que esta funcionará siempre y cuando el agente de la Administración posea bienes sobre los cuales recae la Administración a recurrir lo pagado por la lesión. En la Responsabilidad Objetiva no se presentaría la motivación hacia la Administración en mantener lo más controlados y supervisados a sus agentes porque sencillamente terminaría pagando tanto por los hechos buenos como por malos.

En cuanto a la función redistributiva, la Responsabilidad objetiva no cumpliría esta función porque no está redistribuyendo la riqueza entre las personas por medio, debi-

do a que por esencia no sería solidario, se le entregaría a la víctima de la lesión el valor de lo que ella hubiera percibido si no se le hubiera causado dicha lesión, en un intento por acercar a un punto como si el hecho no hubiera ocurrido, pero estas sumas de dinero dependerán de la situación de la víctima al momento de ocurrir la lesión. Lo que no implica un enriquecimiento por parte del afectado solamente la entrega de lo dejado de percibir, no lleva a cabo la discriminación positiva exigida por la idea misma de solidaridad, lo que se daría es la extensión misma de su situación de pobreza, por lo tanto no se presentaría un avance en cuanto a sus ingresos porque se repararía de acuerdo a los ingresos demostrados por la víctima en el proceso, perpetuando de esta manera una posición socioeconómica determinada. Si lo que se desea es una verdadera redistribución de la riqueza lo ideal sería implementar programas de asistencia social que no dependan de la ocurrencia de una lesión, sino que simplemente se activarán ante cualquier evento de necesidad, independientemente de lo que se recibiría producto de la Reparación de la lesión.

De esta manera se puede concluir que la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública únicamente va a cumplir la función preparatoria o de resarcimiento de la Responsabilidad, pero no cumplirá con las funciones preventivas, de control y redistributivas, lo que sí sucedería con la aplicación por regla general de la Responsabilidad basada en culpa. En ningún momento se pretende la desaparición de la Responsabilidad Ob-

jetiva, lo que se pretende es poner de manifiesto los problemas que posee nuestro sistema jurídico colombiano al copiar de manera apresurada el sistema español, con la noble intención de aplicar las últimas tendencias de ese momento en materia de Responsabilidad, y de esta manera convertir a Colombia en un país garantista de los derechos de sus ciudadanos frente al accionar de la Administración. Pero debido a la adopción apresurada de esta teoría española, se adoptaron también los males de los que ella adolece, por lo que el sistema jurídico colombiano se encuentra a tiempo de modificar su postura y proceder a dar claridad tanto constitucional, doctrinal y jurisprudencial a este tema, creando su propio modelo de responsabilidad ajustado a las realidades colombianas en el cual se aplicaría por regla general, la Responsabilidad fundada en la culpa y como regla especial para casos muy concretos la Responsabilidad Objetiva, siempre y cuando se delimiten cada vez más los títulos de imputación propios de ella, como son el riesgo excepcional y el daño especial. Para así finalmente crear un modelo de Responsabilidad en el cual se cumplan a cabalidad las funciones de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

REFERENCIAS

- Alonso García, M. C. & Leiva Ramírez, E. (2012). La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. *Revista Derecho del Estado*, (29), 145-173.
- Arenas Mendoza, H. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis.

Arret, B. (1873). Tribunal de conflictos de Francia (8 de febrero de 1873).

Coderch, P. & Palou, M. T. (1997). Prevenir y castigar libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños. Madrid.

Cueto Pérez, M. (1997). *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Ahumada Ramos, F. (2000). *La Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales, lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. Elcano: Aranzadi.

De Ángel Yaguez, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. 3ª edición. Madrid: Universidad de Deusto.

Díez, P. (1999). *Derecho de los Daños*. Madrid: Civitas.

Font i Llovet, T. (2000). Hacia la "escala" de la responsabilidad: primer paso, la anulación de los actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999). *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, (106), 237-243.

García de Enterría, E. (1984). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

García de Enterría, E. (2000). *Curso de Derecho Administrativo*, I. 10ª edición. Madrid: Civitas.

Garrido Falla, F. (1976). El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *RAP*, 81.

Garrido Falla, F. (1997). Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de Reforma legislativa. *REDA*, 94.

Llorens-Fraysse, F. (1987). Le poids de la faute dans la responsabilité administrative. *Droits*, (5), 65.

Magide Herrero, M. (1999). El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la administración en su actividad de supervisión a sectores económicos. En I. C.-L. *Administrativo, la Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos* (pp.80-120). Madrid: Marcial Pons.

Martin Rebollo, L. (1991). *Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas.

Martin Rebollo, L. (1999). Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones. *RAP*, 150.

Mir Puigpelat, O. (2000). La reforma del sistema de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas operadas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificación de la LRJPAC. *RJC*, 8.

Mir Puigpelat, O. (2012). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*. Madrid: Edisofer.

Pantaleón Prieto, F. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. *DA*, 237-238.

Parejo, L., Jiménez-Blanco, A. & Ortega, L. (1998). La ordenación del territorio y el urbanismo. *Manual de Derecho Administrativo*, 2, 287-360.

Saavedra Becerra, R. (2003). *La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.

Santamaría Pastor, J. A. (2000). *Principios de Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. Colección Cevra.

Tamayo Jaramillo, J. (2011). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis.

Vásquez, J. R. (2000). Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos. *Revista de Administración Pública*, (153), 71-90.

NORMATIVIDAD

Constitución española de 1978. Artículo 106.2

Constitución Política de Colombia. Artículo 90.

Corte Suprema de Justicia. Colombia. Sentencia del 22 de octubre de 1898.

Gaceta Constitucional del lunes 20 de mayo de 1991. "La responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas y del Estado".

Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Artículo 121.1.

Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Artículo 122.2.