



## ANÁLISIS DEL EJERCICIO POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA CONTRA PARTICULARES

### Introducción

Este documento estudia el ejercicio de la acción de reparación directa contra particulares a partir de seis ejes de análisis: características generales, derecho comparado, origen y aplicación en Colombia, finalidad, fundamentos de la responsabilidad y elementos procesales.

El objetivo de este estudio es determinar la naturaleza jurídica y las condiciones de uso de este medio de control por parte de las entidades públicas, y contribuir a la generación de insumos para la elaboración de lineamientos en materia de defensa judicial.

Este documento es producto de la recolección y análisis de información relacionada con la caracterización del litigio según el Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado Colombiano-ekOGUI, la jurisprudencia nacional, la doctrina en la materia, y una serie de entrevistas a los apoderados de algunas de las entidades públicas del orden nacional con experiencia en esta clase de litigio<sup>1</sup>.

### 1. Características generales

La acción de reparación directa está prevista expresamente en el artículo 140 del Código de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo-CPACA (Ley 1437 de 2011) en los siguientes términos:

“Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

(...) Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública” (se cita sólo lo pertinente).

La reparación directa es una acción judicial de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible<sup>2</sup> que debe ejercer directamente cualquier entidad pública que sufra un daño antijurídico causado por la acción u omisión de un particular, para obtener la reparación de los respectivos perjuicios.

---

<sup>1</sup> Las entrevistas fueron realizadas en el mes de febrero a abogados de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, Parques Nacionales Naturales de Colombia, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, Colpensiones y Policía Nacional.

<sup>2</sup>C. Const., Sent. C-644, agost. 31/2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

C.E., Secc. Tercera, Sent. 61277, jul. 23/ 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



## 2. Notas en materia de derecho comparado

En diversos países existen jueces especiales con competencia para resolver asuntos relacionados con la impugnación de las actuaciones de las entidades públicas. Sin embargo, no tienen competencia para conocer la pretensión de reparación del daño causado a una entidad pública por parte de un particular, ni existe una norma especial que regule esta materia<sup>3</sup>.

El Código Civil Peruano<sup>4</sup> reglamenta de manera general la responsabilidad extracontractual (art. 1969 y ss). En virtud de esta regulación es posible que una entidad pública presente una acción contra un particular con el fin de obtener la reparación del daño causado.

La responsabilidad extracontractual se configura desde “el momento en que una persona, por dolo o culpa, causa un daño a otra, o desde que aquél usa un bien riesgoso o peligroso, o ejercita una actividad riesgosa o peligrosa, y causa un daño a otro. En ese instante surge la obligación de indemnizar, y esta obligación, qué duda cabe, es de carácter civil”<sup>5</sup>.

En términos generales la regulación en esta materia es similar a la prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, con estas diferencias:

- En Perú existe norma especial que establece causales para determinar la falta de responsabilidad en los siguientes casos: en el ejercicio regular de un derecho; en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno; en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que exista notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. (art. 1971).
- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

<sup>3</sup> Argentina: Ley 19.549; Ecuador: Código Orgánico Administrativo; Paraguay: Ley 1462/35; Chile: Ley 18.575; Perú: Ley 27584; España: Ley 29/1998.

La escogencia de análisis de estos países se fundamenta en su tradición continental y en la primacía de normas de carácter civil como el fundamento de la relación entre particulares.

<sup>4</sup> Luego de una revisión normativa y doctrinal, sin resultados satisfactorio, en relación con la existencia de una norma especial respecto de la facultad de las entidades públicas de demandar a un particular con ocasión a un daño causado; la Dirección de Políticas y Estrategias contactó a otras entidades de defensa jurídica en Argentina, Ecuador, Paraguay, Chile, Perú y España; y obtuvo como resultado información acerca de la experiencia de Perú en esta clase de procesos.

<sup>5</sup> Osterling Parodi Felipe y otro. “Definición, evolución y naturaleza jurídica de las obligaciones”. Decreto Legislativo No. 295. Código Civil. Décimo Sexta Edición Oficial. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, marz. 2015, pág. 395.



En el ordenamiento jurídico brasileiro existe una norma especial que determina supuestos en los cuales el particular debe reparar el daño causado al Estado. La Ley 7347 de 1985 regula la acción civil pública de responsabilidad por los daños morales y patrimoniales, con las siguientes características:

- Abarca daños al medio ambiente; al consumidor; a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico; a cualquier otro interés difuso y colectivo (Ley 8078 de 1990); al orden económico (Ley 8884 de 1994) o urbanístico (Medida Provisional No. 2180 de 2001); al honor y a la dignidad de grupos raciales, étnicos o religiosos (Ley 12966 de 2014); y al patrimonio público y social (Ley 13004 de 2014).
- La acción civil podrá tener por objeto la condena en dinero o el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer.
- Las personas legitimadas para proponer la acción principal y la medida cautelar son: Ministerio Público, la Defensoría Pública, la Unión, los Estados, el Distrito Federal, los municipios, las empresas públicas, las fundaciones y las sociedades de economía mixta.
- Entre las características de esta acción se resaltan las siguientes: a) los jueces y tribunales tienen un poder específico para remitir las piezas fiscales para el ejercicio de la acción civil cuando se presentan hechos que puedan dar lugar a su presentación; b) el retraso de los datos técnicos solicitados por el Ministerio Público indispensables a la proposición de la acción civil constituye un delito; c) en caso de condena en dinero, la reparación del daño se remitirá a un fondo administrado por un Consejo Federal o de los Consejo del Estado en el que participan fiscales y representantes de la comunidad. Los recursos recaudados se destinarán para la reconstrucción de los bienes dañados y en caso de que el daño fuera por discriminación, los recursos deben dirigirse a la promoción de la igualdad étnica.

En Costa Rica es usado el proceso penal para que el Estado se constituya en parte civil y solicite la indemnización del daño causado. El ejemplo representativo se configura en casos de corrupción<sup>6</sup> en los cuales la Procuraduría General de la República solicita la indemnización a favor de la sociedad costarricense de los perjuicios con las siguientes características:

- El daño alegado es un daño social o daño moral de carácter colectivo, entendido como “aquel menoscabo, afectación, detrimento, disminución o pérdida del bienestar social (dentro del contexto del derecho a vivir en un ambiente sano), ocasionado por un hecho de corrupción, el cual sufre, injustificadamente, una pluralidad de individuos, al producirles una

---

<sup>6</sup> Casos Caja-Fischel e Ice-Alcatel.



afectación material o inmaterial en sus intereses difusos o colectivos y ante lo cual, surge el deber de reparar”<sup>7</sup>.

- Este daño presupone el bien jurídico a proteger que es el de bienestar social. El bienestar social es el “conjunto de sentimientos de satisfacción material e inmaterial que producen en las personas y colectividades una serie de condiciones materiales que no pueden reducirse únicamente al nivel de renta (ingresos económicos), sino que incluyen otras dimensiones importantes de la existencia humana como la salud, educación, servicios, infraestructuras, vivienda, seguridad, entorno, etc.”<sup>8</sup>
- La competencia para pedir la indemnización se sustenta en los artículos 37<sup>9</sup> y 38<sup>10</sup> del Código Procesal Penal, el artículo 1045<sup>11</sup> del Código Civil y los artículos 41<sup>12</sup> y 50<sup>13</sup> de la Constitución Política.
- La cuantificación de los perjuicios ocasionados por el daño es la mayor dificultad, por cuanto los perjuicios son de carácter inmaterial y no existen fórmulas establecidas. La cuantificación se ha realizado a través de peritos o por el libre albedrío del juez.
- Existen condenas o conciliaciones en los cuales se cuenta con un componente indemnizatorio y uno compensatorio, representado en el trabajo comunal o social.

Lo anterior permite concluir que no es común que la reparación del daño causado por los particulares a las entidades públicas esté regulada en la jurisdicción contencioso administrativa como sucede en el ordenamiento jurídico colombiano ni que exista una norma especial que regule esta materia. Para conseguir la reparación del daño causado por un particular al Estado existen diferentes formas como la remisión a la regulación civil, penal o a normas de

<sup>7</sup> Procuraduría General de la República de Costa Rica. Concepto de daño social <https://www.pgr.go.cr/servicios/procuraduria-de-la-etica-publica-pep/temas-de-interes-pep/dano-social/concepto/>.

<sup>8</sup> Chasco, C., y Hernández. I. Medición del bienestar social provincial a través de indicadores objetivos. Instituto L.R., Klein, Departamento de Economía Aplicada, Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>9</sup> Artículo 37. Ejercicio. La acción civil para restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, podrá ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable.

<sup>10</sup> Artículo 38. Acción civil por daño social. La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos

<sup>11</sup> Artículo 1045. Todo aquel que, por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios

<sup>12</sup> Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

<sup>13</sup> Artículo 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

carácter especial. La remisión a las normas de carácter civil permite la reparación a la entidad pública como sujeto de derechos y obligaciones mientras que la remisión al ordenamiento penal y especial –aquí analizadas– busca la reparación al Estado como una ficción jurídica en aras de proteger los intereses de la sociedad en general.

### 3. Origen y aplicación en Colombia

El artículo 31 de la Ley 446 de 1998<sup>14</sup> instauró el deber de las entidades públicas de promover la acción de reparación directa cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular.

El Ministerio de Justicia y del Derecho presentó ante el Congreso de la República este proyecto de ley. Del análisis de los antecedentes legislativos<sup>15</sup> y de los estudios previos realizados<sup>16</sup> es posible concluir que el fundamento general de la reforma fue el de promover la eficiencia y optimizar los instrumentos para el desarrollo de los asuntos en materia contencioso administrativa. Sin embargo, en estos antecedentes no existe un fundamento directo que justifique la inclusión del deber de las entidades públicas de solicitar la reparación del daño causado por un particular.

El artículo 140 del CPACA reitera el deber de las entidades públicas de promover la pretensión de reparación del daño cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular con la diferencia, respecto de la norma anterior, de la calificación del daño como antijurídico.

El proyecto de ley que dio lugar a la expedición del CPACA fue elaborado por el Consejo de Estado. Del análisis de los antecedentes legislativos<sup>17</sup> y de los debates y estudios previos realizados<sup>18</sup>, es posible concluir que el artículo propuesto por el Consejo de Estado tenía las siguientes diferencias respecto del artículo finalmente aprobado: a) la facultad, no el deber, de las entidades públicas de promover esta pretensión; b) la finalidad expresa de declarar la responsabilidad y ordenar la reparación integral; c) el establecimiento de las causas para promover esta pretensión y d) el calificativo al particular como quien ejerce funciones propias del Estado<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

<sup>15</sup> Gaceta del Congreso 621 del 24 de diciembre de 1996

<sup>16</sup> Archivos digitalizados del “Proyecto de Ley 234-96” remitidos a la Dirección de Políticas y Estrategias de la ANDJE por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

<sup>17</sup> Gacetas del Congreso 1210 del año 2009; 42, 264, 394, 683, 951, 1072 y 1124 del año 2010 y 10 del año 2011.

<sup>18</sup> Sala de Gobierno del Consejo de Estado. Memorias de la Ley 1437 de 2011. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 2014.

<sup>19</sup> Artículo 137 Reparación directa: la persona interesada podrá demandar directamente que se declare la responsabilidad y la reparación integral del daño cuando la causa sea un hecho, una acción, una omisión, o una operación administrativa, o la ocupación temporal o permanente de inmueble, imputable a una entidad pública o a un particular en ejercicio de funciones propias del

Durante el trámite legislativo y sin argumentación alguna<sup>20</sup>, el legislador incorporó un cambio en el sentido de establecer el deber de las entidades públicas de demandar directamente la reparación del daño antijurídico ocasionado por la actuación de un particular.

El cambio propuesto por el legislador fue analizado por el Consejo de Estado. En una de sus sesiones, el presidente de dicha Corporación resaltó: “una duda que plantea de entrada el segundo inciso es si conviene o no mantener la expresión ‘o de un particular’, que trae la norma vigente”. Y advirtió: “hay que tener en cuenta a qué clase de particular se refiere esto, porque incluso en algún momento se entendió que ese particular era el que cumplía funciones administrativas”<sup>21</sup>.

No obstante dicha reflexión, en los antecedentes normativos no se advierte ninguna solución a la duda planteada. En este sentido es factible concluir que la literalidad de la norma prevé la intención del legislador, esto es, la imposición a las entidades públicas del deber de promover la pretensión de reparación directa cuando resulten afectadas por la actuación de un particular.

Si bien la norma establece un deber, el Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado Colombiano- eKOGUI a 31 de diciembre de 2018 reporta menos de 10 procesos activos iniciados por entidades públicas del orden nacional contra particulares con la pretensión de reparación del daño. Las pretensiones correspondientes ascienden tan solo a 1.500 millones de pesos<sup>22</sup> (Tabla 1).

Tabla 1. Caracterización de las demandas en el sistema eKOGUI.

---

Estado. Las Entidades públicas también pondrán pretender que se declare la responsabilidad y se ordene la reparación integral que corresponda, por las causas mencionadas en el inciso anterior, cuando resulten perjudicadas por la actuación de otra entidad pública, o de un particular en ejercicio de funciones propias del estado.

<sup>20</sup> Gaceta del Congreso 1072 del 10 de diciembre de 2010.

<sup>21</sup> Sesión No. 48; Memoria de la Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Volumen III, La Ley y los debates de la Comisión de la Reforma, parte A: artículos 1º al 142, pág. 611, Imprenta Nacional de Colombia.

<sup>22</sup> Depuración propia de la Dirección de Políticas y Estrategias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de la base de datos de eKOGUI. Respecto de la caracterización de la litigiosidad, la Dirección de Políticas y Estrategias solicitó a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial información respecto de dicha problemática, sin obtener a la fecha de presentación de este estudio alguna respuesta.



| Parte demandada             | Causa                                                                                                                                                                                       | Daño                                                                                           | Tipo de perjuicios                          | Fundamento de la responsabilidad                                                                                                                                                                                          |
|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Persona natural o jurídica  | Daños ocasionados en accidentes de tránsito por: incumplimiento de normas de tránsito; por fallas en el vehículo del particular o por la colisión contra el vehículo de la entidad pública. | Daños materiales a bienes de la entidad: motocicleta o automóvil.                              | Materiales: daño emergente.                 | Cuando lo señalan, aducen la responsabilidad extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas (arts. 1613, 1617, 2356 C.C.) y desatención del deber general de prudencia y violación a las normas de tránsito. |
| Persona natural             | Daños ocasionados intencionalmente a los bienes de la entidad.                                                                                                                              | Daños materiales a bienes de la entidad: motocicleta (pérdida total).                          | Materiales: daño emergente.                 | Actuación dolosa contra bien ajeno (art. 2341 C.C.).                                                                                                                                                                      |
| Persona jurídica            | Incumplimiento del deber de legalización de la situación aduanera de una máquina y destrucción total de la máquina.                                                                         | Daños materiales causados al equipo de perforación y retención irregular por más de tres años. | Materiales: daño emergente y lucro cesante. | Omisión en el cumplimiento de deberes.                                                                                                                                                                                    |
| Persona jurídica y natural. | Gestión inadecuada de contrato suscrito entre una entidad pública y un particular que ocasionó por el particular daños a terceros y una condena en contra de la entidad pública.            | Daños materiales por el pago de una condena.                                                   | Materiales.                                 | Actuación propia negligente (art. 2341 C.C.) y responsabilidad por el daño ocasionado por terceros a su cargo (art. 2347 C.C.).                                                                                           |

Fueron pocos los pronunciamientos judiciales encontrados entre juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado respecto del ejercicio de esta pretensión por parte de las entidades públicas en contra de los particulares<sup>23</sup>.

De los pronunciamientos judiciales se advierte que en el campo procesal los problemas jurídicos estudiados están relacionados con la falta de legitimación por pasiva<sup>24</sup> y debida acumulación de pretensiones<sup>25</sup>. Mientras que en el campo sustancial los problemas que se observaron fueron la no configuración del daño en la entidad demandante<sup>26</sup>, la culpa exclusiva de la víctima como causante del daño<sup>27</sup> y la reparación del daño en instancia penal<sup>28</sup> (Tabla 2).

Tabla 2. Caracterización decisiones judiciales.

<sup>23</sup> Entre diciembre de 2018 y enero y febrero de 2019 la Dirección de Políticas y Estrategias buscó pronunciamientos judiciales en la relatoría de las páginas del Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional; y llamó a 17 de los 26 Tribunales Administrativos.

<sup>24</sup> C.E., Secc. Tercera, Sent. 48388, may. 24/2017 C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

<sup>25</sup> C.E., Secc. Tercera, Sent. 61277, jul. 23/ 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>26</sup> Tribunal Administrativo de Risaralda, Sent. 2006-00052, oct.25/2012.

<sup>27</sup> Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, Sent. 03014-2000, jul. 26/2016.

<sup>28</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Secc. Tercera, Sent. 2012-00776, dic. 7/2016.



| Parte demandada            | Causa                                                                                                                                                                      | Daño                                                            | Pruebas                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Decisión                                                                                             | Razón de la decisión                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Persona jurídica           | Actuación culposa del particular en la gestión de la prestación de servicios.                                                                                              | Realización negligente de los ajustes a un sistema informático. | Documental: Acta de compromiso entre la entidad pública demandante y el particular. Prueba pericial para establecer la funcionalidad y utilidad del sistema informático y costo de su funcionamiento.                                                                                      | Declara la falta de legitimación material del demandado como obligado por pasiva dentro del litigio. | Falta de legitimación por pasiva, por cuanto el particular demandado actuaba como subcontratista de otro particular quien fue el que se comprometió con la entidad demandante. Esto es, el responsable del daño era el particular que firmó directamente el compromiso con la entidad y no el particular subcontratista por aquel. Además, no se configuran los requisitos de la responsabilidad extracontractual previstos en el artículo 2341 del C.C., pues el actuar que causó el daño proviene de otro particular y tuvo su origen en un convenio contractual. |
| Persona natural            | Acciones de unos particulares que impidieron el cumplimiento de las obligaciones de la entidad pública; y de otros que incumplieron un acuerdo de reconocimiento de daños. | N/A                                                             | N/A                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Admitir la demanda.                                                                                  | Debida acumulación de pretensiones, pues la demanda cumple con los requisitos previstos en el artículo 165 del CPACA: competencia, conexidad de las pretensiones, caducidad e igualdad en los procesos tanto para el medio de control de reparación directa como el de controversias contractuales.                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Persona natural y jurídica | Acceso a beneficios mediante fraude.                                                                                                                                       | Valor del beneficio económico desembolsado.                     | Documental: prueba trasladada del proceso penal; convocatoria para el acceso a los beneficios; acuerdo de financiamiento; acta de iniciación del proyecto; sentencia condenatoria que acepta el preacuerdo en materia penal y valida el reintegro de los dineros a los que había accedido. | Declara la responsabilidad y niega las demás pretensiones de la demanda.                             | Reparación del daño en instancia penal. El delito comporta una obligación resarcitoria en cuanto concrete un daño antijurídico. En este caso se encontró acreditado la responsabilidad de la pasiva por el daño reclamado, como también que los perjuicios reclamados ya fueron cancelados en el proceso penal.                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Persona natural            | Daños ocasionados por la conducción de un vehículo automotor.                                                                                                              | Daño a un bien de la entidad (cancha de fútbol)                 | Documental: escritura pública, certificado de libertad y tradición, presupuesto de los daños causados, declaración del particular ante la secretaría de tránsito y transporte. Testimonio: personas que vieron el accidente y funcionarios de la entidad pública.                          | Niega las pretensiones de la demanda.                                                                | No configuración del daño en la entidad demandante. A pesar de que se causó un daño a un bien y que fue ocasionado por el desarrollo de una actividad peligrosa por parte del particular, la suma de dinero que se reclama como indemnización fue sufragada por una entidad diferente a la demandante.                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Persona natural            | Daños ocasionados en accidentes de tránsito por incumplimiento de normas.                                                                                                  | Daños a vehículo oficial.                                       | Documental: informe policial del accidente, facturas de venta respecto de las partes y arreglos necesarios para el vehículo.                                                                                                                                                               | Niega las pretensiones de la demanda.                                                                | La causa del accidente y de los daños al vehículo de la entidad fue la impericia del conductor de la entidad que adelantó en una curva. El particular no es responsable al configurarse una culpa exclusiva de la víctima.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |

La doctrina, por su parte, sólo señala lo que establece literalmente el artículo, esto es, el deber de las entidades públicas de ejercer la pretensión de reparación directa cuando resulte perjudicada por la actuación de un particular. No realiza ningún estudio acerca de su finalidad o alcance<sup>29</sup>. Igual apreciación merecen las sentencias de la Corte Constitucional cuya mención al tema<sup>30</sup>, se ha hecho únicamente a manera de *obiter dicta*.

<sup>29</sup> Galindo Vácha Juan Carlos, Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volumen I, Segunda Edición, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Discentibus auxilia 1, Bogotá, 2006; Benavides José Luis y otros, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y concordado, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, Bogotá, 2016.

Expósito Velez, Juan Carlos, El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del derecho administrativo colombiano: la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y las denominadas controversias contractuales.

Ángel Adelaida, Modificaciones en el procedimiento contencioso administrativo en lo referente a la demanda, a la reconvención, a la contestación de la demanda, a las caducidades, a la intervención de terceros y a los alegatos. Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo-Ley 446 de 1998. Cámara de Comercio de Bogotá. 1999.

<sup>30</sup> C. Const., Sents. T-456, may. 4/2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-338, may. 3/2006, T-097, feb. 19/2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



Lo anterior permite concluir que ni los antecedentes ni el debate legislativo proporcionan información acerca de la finalidad y alcance de este medio de control con la pretensión por parte de las entidades públicas de reparación del daño antijurídico que les ocasionan los particulares.

En la práctica, el ejercicio de este tipo de pretensión se ha centrado en solicitar la reparación de los daños ocasionados a bienes del Estado por el actuar directo del particular, en mayor medida en casos relacionados con accidentes de tránsito.

#### 4. Finalidad: ¿es una acción meramente reparatoria o indemnizatoria?

La acción de reparación directa contra particulares busca no solamente la indemnización sino también la reparación integral a las entidades públicas del daño causado. En este escenario las entidades públicas son víctimas.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece el principio de reparación integral en los siguientes términos:

ARTÍCULO 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

El alcance de este artículo ha sido desarrollado por diversas sentencias del Consejo de Estado en el marco de medios de control contra la administración pública. Con base en el principio mencionado, esa Corporación ha concedido incluso medidas de reparación de carácter pecuniario (indemnización)<sup>31</sup> y no pecuniario (publicación de sentencia, disculpas, implementación de protocolos)<sup>32</sup>.

Este mismo principio se usa en el campo penal y civil. Así, al estudiar el alcance de la noción de reparación integral del daño en materia penal, la Corte Constitucional señaló:

“El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas *individuales* relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> C.E., Sec. Tercera, Sent. 34818, may. 16/2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio (E).

<sup>32</sup> C.E., Sec. Tercera, Sent. 25981, oct. 24/2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Sent. 54046, jun.12/2017. C.P. Hernán Andrade Rincón; Sent. 37548, sep. 29/2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth,

<sup>33</sup> Cfr. Art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”<sup>34</sup>.

Por su parte, en la jurisdicción civil la Corte Suprema de Justicia le ha dado este alcance:

“[E]l juez tendrá que ordenar al demandado la *restitutio in integrum* a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño. Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio”<sup>35</sup>.

La reparación integral del daño es un derecho de las víctimas que debe respetar el principio de igualdad, ser efectiva, rápida y proporcional al daño sufrido<sup>36</sup>. Son medidas de reparación integral el restablecimiento, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de no repetición, la indemnización compensatoria y la indemnización restitutoria, cuya pertinencia e idoneidad dependerá del daño causado.

Ahora bien, ¿puede aplicarse al particular una finalidad de prevención del daño? ¿Es razonable sostener que la acción de reparación directa no sólo busca la reparación del daño, sino que se encamina también a que la conducta generadora de daño no se repita?

La prevención del daño es un concepto que usualmente se usa en las esferas del derecho administrativo<sup>37</sup>, constitucional<sup>38</sup> y penal<sup>39</sup>. Sin embargo, con la inclusión del concepto de reparación integral y, dentro de éste, el de la noción de garantías de no repetición, la prevención del daño también puede aplicarse

<sup>34</sup> C. Const., Sent. C-454, jun. 7/2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>35</sup> CSJ. Cas. Civil, Sent. 11575, agos. 31/2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

<sup>36</sup> Bernal Carlos, La configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, producto del contrato de servicios profesionales número 98 de 2015.

<sup>37</sup> En el marco de la noción de gerencia jurídica, las entidades públicas tienen el deber de elaborar políticas de prevención del daño antijurídico partiendo, por regla general, del análisis de las condenas y demandas en su contra; y con el fin de hacer efectivo los derechos de los ciudadanos y mejorar la gestión de la entidad.

<sup>38</sup> Por ejemplo, C. Const., Sent. T-859, nov. 12/2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sent. T-027, ene. 27/2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>39</sup> La escuela positiva afirma como fin principal de la pena la prevención del delito y la prevención especial mediante la readaptación o segregación del delincuente. Londoño Jiménez, Hernando. La prevención especial en la teoría de la pena en: [https://www.google.com/search?q=teoria+penal+de+la+prevencion+con+la+sancion&rlz=1C1GCEU\\_esCO821CO821&oq=teoria+penal+de+la+prevencion+con+la+sancion&aqs=chrome..69i57j9127j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=teoria+penal+de+la+prevencion+con+la+sancion&rlz=1C1GCEU_esCO821CO821&oq=teoria+penal+de+la+prevencion+con+la+sancion&aqs=chrome..69i57j9127j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8), consultado el 22 de febrero de 2019.

como una finalidad en el ejercicio de la pretensión de reparación directa contra particulares<sup>40</sup>.

La prevención del daño antijurídico busca que el particular no realice de nuevo aquella conducta que afectó a la entidad pública, y para lograrlo es posible valerse de decisiones judiciales en las que condenen al particular no sólo a la indemnización del daño, sino a la realización de sanciones ejemplarizantes que lleven a la no repetición de la conducta causante del daño.

En adición a esta perspectiva –que se encamina a la protección de los principios que garantizan la cohesión social-, la sanción de no repetición se puede enmarcar en la teoría del análisis económico del derecho. Esta óptica toma como premisa la condición escasa de los recursos sociales, situación que ordena darles un uso eficiente y obtener de ellos el mayor beneficio.

La implementación de mecanismos de disuasión a los actores particulares para que no generen actividades que causen daño y la promoción de incentivos para que tomen precauciones y tengan en cuenta los costos que imponen a otros<sup>41</sup>, apunta en esa dirección.

La posibilidad de que el Estado pueda –e incluso deba- solicitar a un particular la indemnización de los perjuicios causados por éste cambia el paradigma de la concepción del Estado liberal e incluso del Estado social de derecho. En estas teorías el individuo es el centro de protección del Estado, la parte débil de la relación, mientras que el Estado es el agente que se encuentra en una situación de poder y que quien se encuentra en una posición que le permite ocasionar daño y generar arbitrariedad.

Esta concepción de que sólo el Estado tiene la capacidad de dañar al particular ha cambiado. En la actualidad se considera que también el particular puede causar daño al Estado. Con la característica de que, al ocasionar esta modalidad de daño antijurídico, el particular que así actúa no sólo afecta la estructura de la administración pública, sino también el interés general representado por el Estado.

Considerar que el particular puede dañar al Estado hace parte de la evolución de la responsabilidad extracontractual en lo contencioso administrativo, de la misma manera que en su momento lo fue la idea de que el Estado podía causar daño. Fue el derecho civil el que suministró los insumos para desarrollar la teoría de la responsabilidad extracontractual que se requería en ese momento<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Cuando la pretensión de reparación directa se ejerce contra el Estado la finalidad no ha sido solo la indemnización, también está la de prevención del daño: C.E., Sec. Tercera, Sent. 1998-00844, oct. 14/2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>41</sup> Jorge Fabra Zamora en: Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual.

<sup>42</sup> C. Const., Sent. C-644, agost. 31/2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Cuando un particular ocasiona un daño a terceros, el Estado, como institución, tiene la obligación de garantizar que ese particular repare el daño causado. Ahora, cuando el particular daña directamente al Estado representado en sus entidades públicas, nada obsta para que sean aplicadas a favor de estas últimas las mismas reglas de reparación de los perjuicios que operan entre los particulares.

La inexistencia de esta figura a favor del Estado conllevaría diversas consecuencias negativas. Por una parte, implicaría un desgaste de los recursos del Estado, pues las entidades públicas estarían obligadas a invertir mucho de sus recursos en proteger sus bienes para evitar que fueran dañados por los particulares. Y por otra, conllevaría a que los particulares no ajustaran su comportamiento en procura de la protección de los bienes de interés general.

La existencia de la norma significa un beneficio mayor para la sociedad, pues al compensar el particular el daño causado al Estado, se maximiza de forma indirecta el bienestar general.

La responsabilidad extracontractual en términos de Andrea Boggio “refleja la interacción dinámica de fuerzas sociales, culturales, y económicas que determinan las trayectorias institucionales en la práctica del derecho y la convergencia de cultura jurídicas”<sup>43</sup>.

En este caso, dada la desmesura de los particulares, es legítimo acoger esta teoría en procura de conservar los bienes públicos del Estado.

## **5. Fundamento de la responsabilidad de los particulares frente al Estado**

El concepto de antijuridicidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política cubre únicamente las actuaciones del Estado. Es decir, plantea un modelo de responsabilidad que va en una sola dirección, del Estado frente al particular.

El artículo 140 del CPACA, citado arriba, complementa la ecuación al establecer que la reparación también podrá operar del particular hacia el Estado cuandoquiera que éste sea quien sufre el perjuicio y aquél quien lo causa.

Así, el concepto de antijuridicidad puede ser aplicado al particular que ocasiona un daño al Estado.

El concepto de antijuridicidad implica, por una parte, una noción tradicional entendida como “el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo”<sup>44</sup> y,

---

<sup>43</sup> En ¿A que nos referimos cuando hablamos de responsabilidad extracontractual? Una aproximación sociojurídica al derecho de la responsabilidad. En La Filosofía de la Responsabilidad Civil- Estudios sobre los fundamentos filosóficos-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>44</sup> C. Const., Sent. C-333, agost. 1/1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

por la otra, una noción finalista enfocada a apreciar el daño no desde su causante, sino desde el perjudicado.

Ahora bien, ¿los criterios de responsabilidad para juzgar el comportamiento de los particulares deberían fundamentarse en el derecho civil?

La cláusula general de responsabilidad extracontractual del particular respecto del Estado encuentra su fundamento en el artículo 2341 del Código Civil:

Artículo 2341: El que ha cometido un delito o culpa, que, a inferido daño a otro, es obligado a indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

La responsabilidad se materializa mediante dos acciones: la acción de reparación directa prevista en la Ley 1437 de 2011 y en la pretensión de reparación integral regulada en los artículos 94 y 97 de la Ley 599 del 2000<sup>45</sup>.

En materia de responsabilidad civil extracontractual el hecho ilícito determina el fundamento de la responsabilidad. Por hecho ilícito se entiende tanto el hecho culposo como el que, sin tener culpa, la ley considera ilícito por cuanto produce un daño. La ilicitud surge entonces de la inconformidad con el ordenamiento jurídico<sup>46</sup>.

Pero incluso, las figuras del riesgo excepcional y de falla en el cumplimiento de los deberes del ciudadano -que en principio son propios del derecho administrativo-, podrían aplicar en materia de responsabilidad extracontractual de particulares frente al Estado.

El fundamento de la responsabilidad por riesgo excepcional está en el damnificado y no en el autor del daño y se sustenta en que la reparación del daño es consecuencia de la incorporación de un elemento potencialmente dañoso y del beneficio obtenido con su utilización, que impone correlativamente la obligación de asumir la responsabilidad de reparar los daños causados<sup>47</sup>.

El riesgo y el provecho están unidos en la realidad y no deben ser separados por el derecho. Si esta relación se rompe, por tolerar la ley que el causante del riesgo y beneficiario de su explotación lo transfiriese a otros, se crearía un beneficio a un particular a costa de transferir elementos de su pasivo a la sociedad. Lo anterior, generaría que existieran particulares protegidos por un régimen de responsabilidad que recorta su pasivo real por cuenta de los sujetos dañados<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Por el cual se expide el Código Penal.

<sup>46</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I y II. Colombia. Editorial Legis, 2018.

<sup>47</sup> Ghersi Carlos Alberto, Teoría general de la reparación de daños, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2013.

<sup>48</sup> Ibidem.



Bajo esta descripción es posible que al particular se le impute un daño por creación del riesgo. Sin embargo, en este punto se debe tener en cuenta que es deber del Estado vigilar el comportamiento de particulares que crean un riesgo, y en ese caso podría aplicarse una reducción de la condena si se llegare a comprobar una co-causalidad entre la actuación del Estado y del particular en la causación del daño.

En relación con la falla del particular, el problema obedece a la conducta que de él espera el Estado. La conducta que se espera del particular frente al Estado es el cumplimiento de las normas y los deberes expresamente determinados en el ordenamiento jurídico. Si existe un deber expreso y éste se ha incumplido con dolo o culpa es deber del particular indemnizar los perjuicios ocasionados por el daño.

Lo ideal es que el deber se encuentre en una regla. En caso de que se encuentre en un principio, es necesario fijar su alcance a través de precedentes jurisprudenciales consolidados.

Entre los deberes generales cuyo incumplimiento puede ocasionar un daño a las entidades públicas están el del respeto de los derechos ajenos y no abuso de los propios, la colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia, la protección de los recursos culturales y naturales del país y la conservación de un ambiente sano.

La administración pública es susceptible de daños, ya sea por acción o por la omisión de un particular<sup>49</sup>. El daño antijurídico debe ser cierto<sup>50</sup>, directo<sup>51</sup>, personal<sup>52</sup> y corresponder a un interés legítimo<sup>53</sup>.

Entre los daños que pueden sufrir las entidades públicas están los daños a los bienes corporales e incorporeales (dentro del cual está el del buen nombre y el daño a la gestión administrativa).

El daño a la gestión administrativa se puede derivar de la actuación del particular que impide cumplir las obligaciones misionales, legales o contractuales de la entidad pública u obstaculiza el cumplimiento eficiente de cargas administrativas como la gestión contractual o la gestión de la defensa jurídica.

El daño a los bienes corporales e incorporeales puede configurarse por conductas culposas, el ejercicio de actividades peligrosas y por conductas tipificadas como delitos cuyo sujeto pasivo es la administración pública o aquellas conductas que de manera general pueden afectar a las personas jurídicas, como por ejemplo

<sup>49</sup> C.E., Secc. Tercera, Sent. 48388, may. 24/2017 C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

C.E., Secc. Tercera, Sent. 61277, jul. 23/ 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>50</sup> Actual y futuro, no eventual, certeza de su ocurrencia o consolidación, se debe poder apreciar material y jurídicamente.

<sup>51</sup> Debe ser consecuencia del hecho que se le imputa al demandado.

<sup>52</sup> Quien lo alega lo debe haber sufrido en su patrimonio.

<sup>53</sup> Nadie puede lucrarse por una actividad ilícita. El daño debe causarse en un bien con protección jurídica.

los delitos contra el patrimonio económico y de la protección de la información y de los datos.

¿Cuáles son los hechos u omisiones realizados por los particulares que pueden generar daño al Estado?

Los hechos u omisiones realizados por los particulares que generan la obligación de reparar porque causan un daño antijurídico pueden surgir de la ley o del hecho voluntario del particular<sup>54</sup>.

Así, entre los hechos que pueden causar daño al Estado están:

- Actuaciones imprudentes, imperitas o negligentes del particular.
- El incumplimiento de un deber por parte del particular.
- La actuación voluntaria del particular que obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones de las entidades públicas o afecta los bienes que hacen parte de su patrimonio, como por ejemplo la divulgación de información errada o falsa; o la publicación y uso de documentos objeto de reserva.
- La conducción de vehículos automotores por parte del particular o el ejercicio de actividades peligrosas.
- La configuración de una conducta punible imputable a un particular. Conductas que configuran delitos cuyo sujeto pasivo es la administración pública, o aquellos delitos al patrimonio económico y de la protección de la información y de los datos.

Los ejemplos expuestos muestran que los daños que los particulares pueden causar al Estado son de carácter material como inmaterial.

En relación con la segunda categoría, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido que el perjuicio inmaterial constituido por los perjuicios morales en principio<sup>55</sup> no puede ser pretendidos por las personas jurídicas, por cuanto su configuración está relacionada “con la aflicción, la pena y el arbitramiento y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la persona jurídica está incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones”<sup>56</sup>.

Asimismo, definió que el daño al honor, al buen nombre, good will, probidad, reputación y a las consideraciones sociales constituyen perjuicios materiales representado por ejemplo en la pérdida de la clientela, la desventaja en el mercado, amenaza de su existencia, merma de su capacidad de acción, entre otros elementos. Dijo esa Corporación:

---

<sup>54</sup> Art. 2302 C.C.

<sup>55</sup> Si el perjuicio moral, no presenta una comunicación sentimental directa y exclusiva, puede pensarse eventualmente en una indemnización por perjuicios morales. Sin embargo, en las sentencias analizadas no ha sido aplicada dicha excepción.

<sup>56</sup> C.E., Secc. Tercera, Sent. 3626, feb. 21/1992. C.P. Jaime Abella Zarate. Sent. 7881, agos. 20/1993. C.P. Daniel Suarez Hernández. Sent. 39745, may. 2/2017. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

“los daños al buen nombre o good will deben incluirse en el concepto de perjuicios materiales, por cuanto dichos derechos aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica, por lo tanto, si el daño producido por la entidad demandada generó un detrimento en aquellos bienes inmateriales que constituyen la noción de establecimiento de comercio, la condena deberá resarcir tanto el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecer su buen nombre o good will, como el lucro cesante, enmarcado en lo que la persona jurídica afectada por la actuación de la entidad demandada haya dejado de percibir por el hecho dañino”<sup>57</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, por regla general, las personas jurídicas sólo pueden sufrir perjuicios materiales<sup>58</sup>.

La cuantía de los perjuicios debe ser validada por la entidad pública, quien es la persona jurídica que sufrió el perjuicio. A manera de ejemplo entre los perjuicios causados a la entidad pública pueden estar en erogaciones en dinero en que incurrió la entidad directamente para restablecer el daño causado y las que dejó de percibir en razón al daño causado.

Las entrevistas realizadas evidenciaron que la forma más efectiva de lograr la cuantificación de los perjuicios es a través de un peritaje en el que se incluya metodologías únicas aplicadas a la misionalidad, a los procesos y a los bienes de la entidad pública perjudicada.

En caso de corrupción se deben tener en cuenta factores como: i) las acciones realizadas para evitar la pérdida patrimonial de la empresa (aumentar precios, reducir calidad, restringir cobertura, baja el valor de las acciones o el patrimonio de la entidad) y ii) el resarcimiento que tuvo que realizar el Estado a los perjuicios ocasionados a las poblaciones que no recibieron, o recibieron erradamente los servicios que debía proveer la entidad<sup>59</sup>.

¿Cuándo se configura la responsabilidad del particular i) cuando el particular abusó de sus derechos; ii) cuando el particular no soportó la carga que debía soportar; iii) cuando creó un daño por una situación de riesgo y provecho; iv) cuando no realizó la vigilancia de un buen padre de familia a las cosas y dependientes a su cargo?

---

<sup>57</sup> Sent. 24991., agos. 16/2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sent. 28019, abr. 29/2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sent. 40068, may. 10/2017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>58</sup> Los perjuicios materiales están compuestos por el daño emergente y el lucro cesante. Conforme con el artículo 1614 del C.C.: “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

<sup>59</sup> Exposición de Luis Jorge Garay Salamanca en el evento ¿Cómo reparar el daño social causado por la corrupción? Organizado por Transparencia por Colombia el 6 de diciembre de 2018.

Para que se configure la responsabilidad del particular se requiere verificar su actuación, la configuración de un daño antijurídico a la entidad pública que representa, la relación de causalidad entre la actuación del particular y el daño ocasionado; y la imputación del daño al particular.

Respecto de la imputación del daño al particular los criterios derivados del Código Civil se relacionan con la responsabilidad directa, la indirecta y la derivada del riesgo creado y del ejercicio de las actividades peligrosas:

i) Responsabilidad directa: es la ocasionada directamente por el particular (art. 2341 C.C.). Este tipo de responsabilidad se puede configurar por:

- Incumplimiento de obligaciones legales. Para su configuración se requiere: (a) determinar la norma que contiene el deber (Constitución, ley, decreto, resolución, etc); (b) validar que el contenido normativo sea de una regla; y (c) verificar que la norma obligaba efectivamente al particular que incumplió y que con su actuación generó un daño.
- Por la configuración del particular de una conducta tipificada como delito.
- Por la actuación directa intencional o culposa del particular

La persona jurídica responde de manera directa por el hecho de su empleado. Esta responsabilidad se fundamenta bajo la presunción de que el dependiente cumple funciones bajo las órdenes de la persona jurídica quien tiene suficiente autoridad para regular, ordenar y controlar los actos de sus dependientes<sup>60</sup>.

ii) Responsabilidad indirecta: es la ocasionada por un tercero sobre el cual el particular tiene un deber de vigilancia por estar bajo su cuidado. La responsabilidad indirecta se configura bajo la presunción de culpa por mala vigilancia de quien tiene bajo su cuidado al causante del daño.

- Cuando el daño es ocasionado por una de las personas a su cargo como: hijos menores que habitan en la casa del particular; o pupilo que vive bajo la dependencia o cuidado del particular (art. 2347 C.C.).
- Cuando el daño lo produce las cosas a su cargo: los daños que se producen con las cosas, y el de los causados por la intervención relativamente autónoma y activa de las cosas que desbordan la actividad del hombre y el control material que el mismo ejerce sobre ellas (arts. 2350, 2351 y 2355 C.C.)
- Cuando el daño lo causa un animal (arts. 2353 y 2354 C.C.).

iii) Riesgo creado y ejercicio de actividades peligrosas. Su configuración se puede presentar tanto por responsabilidad directa como indirecta. Para su configuración se requiere que el particular cree un riesgo y se beneficie de su explotación o que el daño se haya generado por el ejercicio de una actividad peligrosa (art. 2356

---

<sup>60</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Colombia. Editorial Legis, 2018. Pág. 749.



C.C.). En estos casos, la ley presume que el daño se causó porque el guardián con su acción u omisión permitió la producción del daño.

La esencia de la acción de reparación directa radica en obtener la reparación integral del daño causado a una entidad pública por parte de un particular ajeno a la funcionalidad de la entidad. Este elemento es el eje que la diferencia de la acción de repetición en la cual la demanda es presentada contra un agente de la entidad o un particular que cumple funciones públicas<sup>61</sup>.

Lo anterior no obsta para entender que entre el ejercicio de estos dos medios de control (reparación directa y repetición) pueden concluir en la recuperación de dineros públicos. Sin embargo, es importante resaltar que la pretensión de reparación integral tiene un alcance mayor a la indemnización.

## 6. Elementos procesales

El Consejo de Estado expresamente ha señalado que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de la acción de reparación directa iniciada por una entidad de derecho público en contra de un particular<sup>62</sup>.

Consideró el Consejo de Estado que, bajo el criterio orgánico de determinación de competencia “es propio de esta jurisdicción conocer de la acción de reparación directa iniciado por una entidad de derecho público contra un particular, ya que la administración es susceptible de daños ya sea por la acción o por la omisión de una particular o de otra entidad. Por lo cual es ajustado a derecho que se inicie un proceso por las posibles acciones lesivas de particulares contra entidades administrativas”<sup>63</sup>.

El artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo con base en un criterio orgánico, según el cual la jurisdicción conocerá de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, y define entidad pública como “todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

Los requisitos de presentación de la demanda están contenidos en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Artículo 1 de la Ley 678 de 2001 “Por medio de 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”.

<sup>62</sup> C.E., Secc. Tercera, Sent. 48388, may. 24/2017 C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Sent. 61277, jul. 23/ 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>63</sup> C.E., Secc. Tercera, Sent. 61277, jul. 23/ 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>64</sup> Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: 1. La designación de las partes y de sus representantes. 2. Lo que se pretenda,

Conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en las acciones de reparación directa opera el principio según el cual el juez conoce el derecho<sup>65</sup>. Este principio implica que a la persona interesada no le corresponde presentar las razones jurídicas de sus pretensiones, sino simplemente relatar los hechos, omisiones, operación u ocupación, para que el juez administrativo se pronuncie con base en el derecho aplicable al caso<sup>66</sup>.

La prueba de la actuación del particular, el daño, el nexo de causalidad y la culpa, puede establecerse a través de diferentes medios (testimonio, declaración juramentada, inspección judicial, confesión, documentos públicos o privados, indicios). Todos son medios aptos para probar. La prueba plena y cierta resulta de la correlación de los diferentes medios probatorios que llevan así a la convicción o certeza del fallador. No hay pruebas solemnes en el campo de la responsabilidad civil extracontractual. Todos los medios probatorios independientes o coordinados son suficientes o válidos para probar en este campo<sup>67</sup>.

¿Debe cumplirse con el requisito de conciliación extrajudicial?

En las sentencias analizadas este requisito se agotó y de esta forma se cumplió el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011:

Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.  
(...)

---

expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones. 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder. 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia. 7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.

<sup>65</sup> Iura novit curia.

<sup>66</sup> C. Const., Sent. C-644, agost. 31/2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>67</sup> Martínez Rave, Gilberto. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Aspectos sustanciales y procesales*. Novena edición. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike, 1996, pág. 681.



## 7. Características en el proceso penal

La Ley 906 de 2004<sup>68</sup> establece el incidente de reparación integral que regula la participación de las víctimas<sup>69</sup> en el proceso penal con el fin de lograr la reparación del daño ocasionado.

El incidente de reparación integral se activa una vez es emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado. Este incidente debe iniciarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo penal por solicitud expresa de la víctima, el fiscal o el Ministerio Público, debe dirigirse contra el penalmente responsable, indicar de manera concreta el daño, la forma de reparación integral a la que aspira, las pruebas a hacer valer y la pretensión indemnizatoria<sup>70</sup>.

La víctima debe asistir a las audiencias de conciliación, de pruebas y de alegatos, so pena de que implique el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud y la condena en costas. El incidente se resuelve mediante sentencia, “lo cual permite entender que, no obstante, su relación con la sentencia condenatoria ejecutoriada que declara la responsabilidad penal, aquella es una decisión autónoma e independiente, respecto de la cual puede interponerse tanto recurso de apelación como de casación”<sup>71</sup>.

Por regla general, el mecanismo ordinario para obtener la reparación a las víctimas es mediante el incidente de reparación integral. No obstante, dentro del proceso penal existen figuras, como el principio de oportunidad, cuya aplicación permite asimismo la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas.

El principio de oportunidad permite suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal y puede ser aplicado cuando se afecten mínimamente bienes colectivos y se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse<sup>72</sup>. En este supuesto el imputado presenta un plan de reparación, el fiscal consulta con la víctima y puede aprobar o modificar el plan conforme a los principios de justicia restaurativa.

Asimismo, dentro del proceso penal, esto es sin que exista fallo condenatorio, las víctimas pueden solicitar medidas cautelares como una forma de garantizar su derecho a la reparación integral.

---

<sup>68</sup> “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

<sup>69</sup> Conforme al artículo 132 C.P.P. víctimas son las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

<sup>70</sup> No existe una regulación expresa acerca de la determinación y prueba de los perjuicios. Gaviria Londoño, Vicente Emilio. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015. Pág.103

<sup>71</sup> Vicente Emilio. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015. Pág.380

<sup>72</sup> Art. 324, num. 14 C.P.P.



Las entidades públicas se pueden constituir como víctimas en el proceso penal y solicitar la reparación integral no sólo en aquellos casos en donde la conducta tipificada como delito tenga como sujeto pasivo a la administración pública sino también en todos aquellos en los que resulte afectada directamente. En el proceso penal la víctima tiene la carga de probar el daño real, concreto y específico y la cuantía de los perjuicios, no siendo la sentencia condenatoria penal prueba suficiente para apalancar la pretensión indemnizatoria<sup>73</sup>.

Elaboró: Lina María Mogollón.

Revisó: Luis Jaime Salgar.

Fecha: 3/05/2019

---

<sup>73</sup> C. Const. Sent. C-516, jul. 11/2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño. CSJ. Cas. Penal, Sent. 43484, nov. 12/2014. M.P. María del Rosario González Muñoz. En este caso la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial solicitó su reconocimiento como víctima frente a un particular que fue condenado por incurrir en el delito de prevaricato por acción agravado en concurso homogéneo. En consideración de la entidad pública, la actuación del condenado generó una vulneración de los derechos al buen nombre y a la honra de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.