

MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS

**LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS EN LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO
COLOMBIANO**

**Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo
Modalidad Investigación 2018-2019**

**Bogotá D.C., Colombia
2021**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

**FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS
EN DERECHO ADMINISTRATIVO – INVESTIGACIÓN**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hineirosa Rey

Decana de la Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Director Departamento: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de Tesis: Dr. Andrés Fernando Ospina Garzón

Examinadores: Dr. Jorge Iván Rincón Cordoba

Dr. Juan Carlos Peláez Gutiérrez

Bogotá, 6 de enero de 2021

Doctor

JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA

Director

Departamento de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia

Apreciado director:

Ref. Concepto para sustentación de la tesis de María Juliana Santaella Cuberos

Tuve el placer de dirigir el escrito elaborado por María Juliana Santaella Cuberos para optar al título de Magister en Derecho Administrativo, en la modalidad de investigación. Se trata de una verdadera tesis denominada *La reparación administrativa de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho colombiano*, que se construye a partir de una idea simple, aunque genera resistencia en el derecho nacional: que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado no exige una sentencia condenatoria y que la administración misma podría realizar tal actividad. De allí, la tesis se sintetiza en que, a través de un procedimiento contencioso, no jurisdiccional, la administración resuelve la controversia relativa a la reparación de perjuicios imputables al Estado y, para ello, declara la responsabilidad y liquida los perjuicios.

Pero María Juliana se adelanta a las críticas a su tesis, al demostrar que no se trata de una verdadera novedad, ni de algo exótico en el plano internacional. Así, el escrito evidencia cómo en nuestro ordenamiento jurídico han existido y existen actualmente, mecanismos administrativos de reparación administrativa de perjuicios, como ocurre, entre otros países, en Chile, República Checa, Francia y España.

La demostración se teje, de manera lógica y ordenada, en tres etapas: en una primera se evidencia cómo, desde un punto de vista constitucional, no existen obstáculos para la reparación administrativa de perjuicios. En la segunda, se describe cómo tales mecanismos existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de su incompreensión y subutilización. Finalmente, en la tercera, se formula una propuesta de reforma en aspectos sustanciales y procesales, incluida la interesante idea, según la cual, al reconocer administrativamente la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia de unificación no debe ser únicamente tenida en cuenta, sino cumplida. Ello propendería por la uniformidad en el sistema de responsabilidad del Estado, en sus modalidades administrativa y jurisdiccional. Allí también María Juliana propone que como garantía de juridicidad y de amparo al patrimonio público, en el procedimiento administrativo de reparación, se requiera la participación del Ministerio Público. Aunque posiblemente ello puede ser percibido como

una extrapolación demasiado rápida del proceso judicial de reparación directa, hacia el procedimiento de reparación administrativa o indirecta, en realidad, ello podría calmar los temores hacia la discrecionalidad administrativa en el

reconocimiento de la responsabilidad y la condena a reparar, con el fantasma de la corrupción.

La propuesta de la tesis de María Juliana tiene muchas virtudes, entre ellas, que ampliaría los mecanismos de justicia, no sinónimo de jurisdicción, para reparación de las víctimas. Se trata, entonces, de la materialización del carácter progresivo del componente prestacional del derecho a la reparación de las víctimas. Por otra parte, la reparación administrativa podría mostrar una salida a la discusión acerca de si la solidaridad puede fundar o no la responsabilidad del Estado, al radicar la solidaridad hacia las víctimas, que relativiza la imputación, en la función administrativa y no en la judicial.

A pesar de que, debido a su audacia, la tesis no está exenta de críticas, ninguna de ellas puede ser la falta de conocimiento o rigor científico en la demostración.

Por todo lo anterior, señor director, solicito que se designen jurados y se proceda a realizar la sustentación del escrito de María Juliana.

Cordialmente,
Andrés Fernando Ospina Garzón

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Ospina', with a stylized flourish at the end.

“El abogado hizo una descripción muy gráfica de los vericuetos administrativos. La silla era demasiado estrecha para sus nalgas otoñales. “Hace quince años era más fácil”, dijo. “Entonces existía la asociación municipal de veteranos compuesta por elementos de los dos partidos”. Se llenó los pulmones de aire abrasante y pronunció la sentencia como si acabara de inventarla.

- La unión hace la fuerza.

- En este caso no la hizo – dijo el coronel, por primera vez dándose cuenta de su soledad -. Todos mis compañeros se murieron esperando el correo.

- La ley fue promulgada demasiado tarde – dijo ...”

Gabriel García Márquez

“El coronel no tiene quien le escriba”¹

¹ Grupo Editorial Norma – Literatura, 1º edición, 1991, pp. 34 – 35.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
A. DELIMITACIÓN DEL ESCENARIO JURÍDICO	8
B. ANÁLISIS DE LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR Y SU DIFERENCIA CON LA RESPONSABILIDAD: UNA RELACIÓN GÉNERO - ESPECIE	23
I. UNA POSIBILIDAD JURÍDICAMENTE FUNDADA: EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS EN SEDE ADMINISTRATIVA.....	36
A. LA AUSENCIA DE UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: UNA LECTURA DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN.....	39
B. LA NECESIDAD DE UNA HERRAMIENTA QUE LE OTORQUE COMPETENCIA A LA ADMINISTRACIÓN: CONDICIÓN DE LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS	52
C. LA POSIBILIDAD DE DEFINIR LA CONTROVERSIA NO SE AGOTA EN EL ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD: IMPLICA LA TASACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO	60
II. UNA REALIDAD IGNORADA: EVENTOS DE REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS EN COLOMBIA	67

A. EL MECANISMO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: UN ESCENARIO AMPLIO, QUE PERMITE LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS.....	69
B. INCUMPLIMIENTO Y HECHO DEL PRÍNCIPE EN EL CONTRATO ESTATAL: EVENTOS DE REPARACIÓN ADMINISTRATIVA BAJO EL ROPAJE DE LA OBLIGACIÓN DE RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO.....	80
C. PROCEDIMIENTO DE ATENCIÓN DE QUEJAS POR ASPERSIÓN: UNA ESTROPEADA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	86
III. UNA OPORTUNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS Y LA ADMINISTRACIÓN: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	92
A. LOS CAMINOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	97
B. LAS PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDICIÓN PARA SU ADECUADO FUNCIONAMIENTO	102
C. LA IMPOSIBILIDAD DE RECLAMAR EN SEDE ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL: UNA LÓGICA ALTERNATIVA.....	112
CONCLUSIONES.....	117
BIBLIOGRAFIA.....	121

INTRODUCCIÓN

A. DELIMITACIÓN DEL ESCENARIO JURÍDICO

Tradicionalmente, la reparación ha sido entendida como la consecuencia de la declaratoria de responsabilidad o, en otras palabras, ha sido definida como la obligación de reparar un daño², por lo cual, estos dos conceptos siempre han estado intrínsecamente ligados y, en esa medida, es difícil entender uno sin el otro³. Por regla general, el reconocimiento de responsabilidad se da en sede judicial, toda vez que, en el Derecho administrativo, es el juez quien, al resolver una controversia o litigio entre un particular y la Administración o entre entidades públicas, procede a declarar la responsabilidad y, su consecuencia lógica, la obligación de reparar el daño⁴. Esto responde a un paradigma tradicional: el binomio *juez y responsabilidad*,

² “[...] [L]a responsabilidad patrimonial [que] expresa el principio de la garantía legal, o sea el de que, en caso de incumplimiento el acreedor puede hacer expropiar los bienes del deudor para obtener coercitivamente la prestación debida o el resarcimiento del daño.” C. Massimo Bianca, “Diritto civile”, Tomo IV, *L’obbligazione*, 1990, p. 25, citado en Fernando Hinestrosa, “Tratado de las Obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes”, Tomo I, 3ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 73, nota al pie 7 y en el mismo sentido Fernando Hinestrosa, “Tratado de las obligaciones ...”, pp. 67-68.

³ Giovanna Vistini, “¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamento de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual”, Mariateresa Cellurale (Trad.), Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 13.

⁴ Al respecto, Juan Carlos Henao, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado” en “La responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde?”, Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 35: “[D]año es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derecho individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar – se encuntran reunidos”. Definición de la cual es necesario apartarse parcialmente en este estudio, pues la posibilidad de accionar judicialmente no es un

en el que no se entiende la existencia de un juicio de responsabilidad del Estado, sin la intervención de un juez de lo contencioso administrativo.

Lo anterior ha derivado en una evidente congestión de la justicia contencioso administrativa, en la medida en que todos los casos en los que se discute la responsabilidad del Estado, inclusive los más sencillos, deben ser resueltos por el juez de lo contencioso administrativo. La imposibilidad de una respuesta eficiente⁵, por parte de la administración de justicia, conlleva a una revictimización de quienes acuden al aparato judicial en busca de la reparación, pues este tipo de procesos judiciales toman mucho tiempo en ser resueltos.

Al respecto, un estudio realizado por el Consejo Superior de la Judicatura en colaboración con la Corporación Excelencia en la Justicia concluyó que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tan solo el 38% de los procesos cumplen con la media eficiente⁶, es decir, con los términos establecidos en la ley

elemento propio de la definición del daño, como tampoco es la única posibilidad para obtener su reparación, como se explicará.

⁵ Al respecto, puede verse: Leonardo Augusto Torres Calderón, “Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana”, en *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, Vol. 4 num. 1, 2002, pp. 130 – 142; Ximena Coronado Britto, “La congestión judicial en Colombia”, trabajo de grado para optar por el título de comunicador social y periodista, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, en: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/comunicacion/tesis202.pdf>, consultado el 7 de julio de 2020 a las 7:00 am; Laura Katherine Guevara Agudelo, “La congestión judicial como una de las principales causas para que los ciudadanos decidan tomar la justicia por mano propia”, trabajo de grado para optar por el título de abogada, Universidad Libre de Colombia, 2017, en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15966/MONOGRAFÍA%20FINAL%20-%20ENTREGA%20CENTRO%20DE%20INVESTIGACIÓN-.pdf?sequence=1>, consultado el 7 de julio de 2020 a las 7:10 am.

⁶ Rama Judicial del Poder Público, Consejo Superior de la Judicatura y Corporación Excelencia en la Justicia, “Resultados del estudio de tiempos procesales”, Tomo I, Bogotá, Colombia, 2016. p. 207. En: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES>

para la resolución de controversias en el sistema escritural; a esto debe agregarse que, solo en el Consejo de Estado se reportaron, de enero de 2014 a junio de 2017, un ingreso efectivo total de 75.071 procesos y, durante el mismo periodo, se reportó un total de 52.296 procesos evacuados⁷, es decir, un 30% de los procesos que ingresaron quedaron acumulados, tan solo en ese espacio. Lo anterior ha generado respuestas⁸ tendientes a conjurar la evidente congestión: medidas relacionadas con la creación de despachos y cargos de descongestión en la rama judicial⁹, el establecimiento de la conciliación como requisito prejudicial¹⁰, se pretendió la participación de la Administración en la aplicación de ciertas sentencias del tribunal de cierre, al ordenar que debían ser tenidas en cuenta¹¹; entre otras medidas que buscan hacer frente a la crisis de la justicia, debido a la alta demanda del aparato judicial, en especial, de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0](#), consultado el 7 de julio de 2020, a las 7:05 am.

⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, “Estado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. I semestre de 2017”, Bogotá, 2017, p. 2, en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670313/2017+Estado+de+la+Jurisdicción+Contencioso+Administrativo.pdf/a279cd75-8984-454d-9999-02a82a1d71cb>, consultado el 7 de julio de 2020, a las 7:00 am.

⁸ En el mismo sentido: Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar lento de la función contenciosa de la Administración” en “Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho administrativo”, Tomo III, Julián Andrés Piminetto Echeverri (editor), Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 266 – 267.

⁹ Para el 2004 se expidieron 51 Acuerdos creando medidas de descongestión, 15 Acuerdos que prorrogaron medidas de descongestión dictadas en el 2003 y 20 más prorrogando medidas de descongestión creadas en años anteriores, ver: Rama Judicial del Poder Público, “Informe al Congreso de la República 2003 - 2004”, en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1468683/POLITICAS+DE+REORDENAMIENTO+%2CDESCONGESTION.pdf/0e505a2c-b79e-43f1-b222-07269bb0482b>, consultado el 7 de julio de 2020, a las 7:20 am.

¹⁰ La Ley 640 de 2001 estableció, a partir de enero de 2002, la obligatoriedad del trámite de la audiencia de conciliación.

¹¹ Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 10; en el mismo sentido: Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” op cit. P. 267.

Esta situación afecta no solo al ciudadano, sino también al Estado, pues la demora en la resolución de los procesos en los cuales se pretende la declaratoria de responsabilidad y consecuente reparación de perjuicios, tiene un impacto fiscal evidente: el reconocimiento de intereses causados durante el tiempo de los procesos, al momento de tasar y liquidar los perjuicios¹², elevan de manera importante el valor de las condenas. De acuerdo con el informe de la Comisión del Gasto y la Inversión Pública de 2017 el monto de las cuentas por pagar y condenas reconocidas en contra del Estado ascendió de 273.000 millones de pesos en 2010 a 993.000 millones en el 2016¹³, aumento que se compadece con la represión de expedientes en los juzgados y la causación de intereses durante el tiempo que demoran dichos procesos.

En este escenario, la búsqueda de alternativas externas a la rama judicial del poder público pero, en especial, distintas al ejercicio de la función jurisdiccional, cobra relevancia: la actividad contenciosa de la Administración entendida como *“función administrativa que consiste en resolver litigios que, en su conjunto, constituye un concepto denominado el contencioso administrativo no jurisdiccional”*¹⁴ supone una alternativa bastante llamativa frente a la problemática explicada; una posibilidad para las víctimas que permita la resolución de las controversias, en torno a la

¹² En relación con la causación de intereses en la liquidación de perjuicios, puede verse: María Juliana Santaella Cuberos, *“La liquidación de perjuicios en la responsabilidad extracontractual del Estado”*, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 35 y ss.

¹³ Fedesarrollo, Comisión del Gasto y la Inversión Pública, Informe Final, Bogotá, diciembre de 2017, p. 161, en: <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/LIB2017COMISION.pdf> consultado el 8 de julio de 2020, a las 11:00am.

¹⁴ Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional [...]” loc cit., p. 271; al respecto también puede verse: Andrés Fernando Ospina Garzón, *“L’activité contentieuse de l’Administration”*, tomo I, Éditions Universitaires Européennes, 2012.

responsabilidad del Estado, mediante un procedimiento eficiente y ágil, de cara al tradicional ejercicio del derecho de acción que resulta, en nuestro país, tan importante como parsimonioso.

No se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas¹⁵, situación en la cual la autoridad administrativa se encuentra investida de la función jurisdiccional¹⁶, con fundamento en la colaboración armónica entre las ramas del poder público¹⁷; sino del ejercicio de función administrativa¹⁸, desde una perspectiva material¹⁹, para resolver controversias, en este caso, relativas a la responsabilidad del Estado, en el marco de una *“dinámica de actividad para concretar las finalidades del Estado consagradas en el ordenamiento jurídico,*

¹⁵“A título de colaboración entre las ramas del poder, la ley colombiana establece la posibilidad de atribuir funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas. A diferencia del caso francés, el administrador-juez actual colombiano no se convierte, a primera vista, en una jurisdicción especializada; pero, asume diferentes roles, conservando su naturaleza administrativa: el superintendente – juez, el inspector de policía-juez, el alcalde-juez, procurador-juez, especialmente. En consecuencia, las funciones jurisdiccionales de la administración son un mecanismo considerado como una excepción a la separación de poderes (1), mientras que son un instrumento de ocultación de la actividad contenciosa de la administración [...]” traducción libre de Andrés Fernando Ospina Garzón, *“L’activité contentieuse de l’Administration”*, loc cit., p. 315.

¹⁶ Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012 – artículo 24. Al respecto es necesario aclarar que esta norma atribuye el ejercicio de la función jurisdiccional a un conjunto de autoridades administrativas, en la medida en que, la función jurisdiccional debe ser atribuida por una ley en sentido material, en este orden de ideas: Andrés Fernando Ospina Garzón, *“L’activité contentieuse de l’Administration”*, op cit., p. 319: *“La atribución de funciones jurisdiccionales solo puede darse mediante una disposición materialmente legislativa. Esto puede ser el resultado de una ley ordinaria o de un decreto del Presidente con fuerza de ley [...]”* (traducción libre) y, Andrés Fernando Ospina Garzón, *“El contencioso administrativo no jurisdiccional [...]”* loc cit., pp. 281 – 284.

¹⁷ Constitución Política, artículo 116.

¹⁸ Al respecto, se destaca: *“sin embargo, es posible afirmar que la definición de Administración como función busca la satisfacción del interés general. Dado que el objeto de este estudio, se refiere al contenido mismo de la función administrativa, no es posible definir, por el momento, la Administración como las funciones públicas que no sean ni legislativas ni jurisdiccionales, que buscan la satisfacción del interés general. Esas dos condiciones deben cumplirse en la resolución administrativa de controversias para que sea considerada como una función administrativa.”* Traducción libre de Andrés Fernando Ospina Garzón, *“L’activité contentieuse de l’Administration”*, loc cit., p. 54.

¹⁹ Alberto Montaña Plata, *“Fundamentos de Derecho administrativo”*, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 121 – 125.

*y que para esto se sirve de un aparato administrativo o público en general, pero también en algunas oportunidades privado*²⁰.

Una actividad administrativa de resolución de controversias no solo se constituye como una herramienta de la Administración para el cumplimiento de sus fines, sino que se trata de un mecanismo que permite darle relevancia al ciudadano de hoy en día, quien tendrá posibilidad de elegir entre las alternativas judiciales y administrativas para reclamar sus derechos. Ciudadanos “*activos*”, como lo explica Jaques Chevallier, “*con una influencia real sobre las estrategias colectivas; “ampliada”, por la apertura hacia nuevos derechos y nuevos beneficiarios; “tolerante”, autorizando un mayor margen de juego [...]*”²¹ y “*autónomos*”, con la capacidad de elegir entre un catálogo de posibilidades para ejercer y hacer valer sus derechos, en este caso, el derecho a la reparación²².

Así, la reparación administrativa de perjuicios, en ejercicio de la función de administrativa, es una posibilidad para las víctimas de obtener satisfacción de sus pretensiones de manera pronta y eficaz y, de otro lado, se erige como una herramienta en manos de la Administración para alcanzar sus fines, de manera

²⁰ Alberto Montaña Plata, “*Fundamentos [...]*”, loc cit., p. 123.

²¹ Jaques Chevallier, “*El Estado posmoderno*”, Oswaldo Pérez (trad.), Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 383 – 384.

²² En relación con el derecho a la reparación de las víctimas, se destaca: Corte Constitucional, Sentencia SU-254 de 2013: “[...] *ha reconocido esta Corporación que el derecho internacional relativo al tema de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para víctimas de delitos, tiene una clara relevancia constitucional de conformidad con el artículo 93 superior [...]*”, y sentencia C-753 de 2013: “[E]l derecho a la reparación de las víctimas es fundamental y no puede ser limitado, negado o desconocido por razones de sostenibilidad fiscal [...]” y; Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “*Tratado de Derecho administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*”, Tomo V, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 165 -169; Ruti G. Teitel, “*Justicia transicional*”, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 295 – 364; entre otros.

eficiente. Esta figura no es del todo novedosa en el derecho colombiano, como tampoco lo es en el derecho comparado, en la medida en que es posible identificar políticas administrativas de reparación de perjuicios, algunas con fundamento en la responsabilidad del Estado y otras, con fundamento en figuras como la solidaridad, como se explicará en la segunda parte de este capítulo introductorio.

Históricamente, en nuestro ordenamiento jurídico se ha reconocido y ordenado la reparación de perjuicios en eventos en los que no ha sido necesaria la intervención de un juez o de una autoridad investida de función jurisdiccional. La reparación administrativa ha estado presente, pero ignorada en Colombia, inclusive, desde antes de la República²³: *“en el siglo XVI la Legislación de Indias ya consideraba la posibilidad para las víctimas de reclamar ante las Audiencias de los agravios gubernativos”*²⁴. Con la Ley 1ª de 31 de julio de 1823 se estableció la indemnización a los dueños de terrenos, molinos u otros bienes que se desmejoraran por causa de una obra pública²⁵; normas que establecieron la reparación de víctimas de catástrofes naturales y, de las guerras del siglo XIX y parte del siglo XX²⁶.

En la primera mitad del siglo XX, ley 100 de 1938 le dio facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar las disposiciones necesarias para auxiliar a las víctimas del accidente aéreo ocurrido el 24 de julio del mismo año en el Campo

²³Juan Carlos Peláez Gutiérrez, “Los límites de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *“La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo”*, Juan Carlos Henao y Andrés Ospina Garzón (Editores), Universidad Externado de Colombia, 2015. Pp. 781 – 842.

²⁴Juan Carlos Peláez Gutiérrez, “Los límites de la intervención legislativa ...”, loc cit., p. 784.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*, p. 785.

de Marte en Santa Ana²⁷. Esta somera lista la cierra la promulgación de la Ley 1448 de 2011, cuyo objeto es la reparación de las víctimas del conflicto armado interno.

En el derecho comparado los eventos en los cuales se han establecido regímenes de reparación administrativa son muchos, algunos de ellos en el contexto de la “*justicia transicional*”²⁸ y otros en el marco de una típica función administrativa, desde la noche del éxodo de los israelitas, cuando “*tomaron prestado de los egipcios objetos de plata, oro y vestidos*”²⁹, pasando por el Tratado de Versalles que condenó a Alemania a reparar los daños provocados por la primera Guerra Mundial³⁰ y las reparaciones a los judíos, después de la Segunda Guerra Mundial³¹, hasta nuestros días.

Chile fue gobernada por una dictadura militar, desde 1973 hasta 1990, reconocida por la violación sistemática de los derechos humanos; en 1988, mediante un plebiscito, la mayoría del pueblo chileno votó en contra del General Augusto Pinochet y, en consecuencia, se realizaron las elecciones populares en las que fue elegido Patricio Aylwin como presidente, en cuyo plan de gobierno incluyó la

²⁷ María Cecilia M’Causland Sánchez, “*Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*”, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 371.

²⁸ Sobre este concepto puede verse: Ruti G. Teitel, “*Justicia transicional*” loc cit; Nelson Camilo Sánchez León, “*Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*”, Colección Dejusticia, Colombia, 2017; entre otros.

²⁹ Wolf Gunther Plaut (ed.), “*Exodus*”, en “*The Torah: a modern commentary*”, New York: Union of American Hebrew Congregations, 1981, citado en Ruti G. Teitel, “*Justicia Transicional*”, loc cit., p. 297.

³⁰ Al respecto, puede verse: Jean Carlo Mejía Azuero, “Un acercamiento al establecimiento de los tribunales internacionales modernos”, en *Revista Prolegómenos*, Vol. 12, num. 23, 2009, doi: <https://doi.org/10.18359/prole.2505>

³¹ Ariel Colonos y Andrea Armstrong, “German reparations to the jews after World War II: a turning point in the history of reparations”, en “*The handbook of reparations*”, Pablo de Greiff (editor), *The International Center for Transitional Justice*, Oxford University Press, 2006, pp. 390 – 419.

reparación a las víctimas de la dictadura militar³². El 5 de marzo de 1991 el presidente Aylwin, al presentar el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación³³, asumió la responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos cometidos por el Estado chileno y caracterizó las reparaciones a las víctimas como *“actos que representan el reconocimiento por parte del [E]stado de los eventos y las circunstancias discutidas en el informe, así como de su responsabilidad por los mismos”*³⁴. Lo anterior se concretó en la Ley 19.123 del 8 de febrero de 1992, la cual *“crea Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, establece pensión de reparación y otorga otros beneficios favor de personas que señala”*³⁵.

En la República Checa, las reparaciones administrativas jugaron un papel importante luego del comunismo, como consecuencia de la llamada *“Revolución de Terciopelo”*. En 1989³⁶, se profirió la Ley de Rehabilitación Extrajudicial³⁷, que establecía que *“toda propiedad que había sido obtenida como consecuencia del uso*

³² Elizabeth Lira, “Policy for human rights violation in Chile”, en *“The handbook of reparations”*, Pablo de Greiff (editor), *The International Center for Transitional Justice, Oxford University Press*, 2006, pp. 55-101.

³³ La Comisión de la Verdad y Reconciliación fue creada en abril de 1990 por el presidente Aylwin *“con el propósito de establecer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos bajo la dictadura militar previa [...]”* (traducción libre): Elizabeth Lira, “Policy for human rights ...” loc cit., p. 57.

³⁴ Discurso del presidente Aylwin al pueblo chileno, el 5 de marzo de 1991, transcrito por *la British Broadcasting Corporation* el 6 de marzo de 1991, citado en Ruti G. Teitel, *“Justicia Transicional”* loc cit., p. 312.

³⁵ Tomado de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30490> consultado el 22 de julio de 2020 a las 9:00 am.

³⁶ Vladimíra Dvořáková y Jilfci Kunc, “Los desafíos de la transición checoslovaca”, en *“Revista de Estudios Políticos - REP”*, núm. 95, enero-marzo de 1995, España, en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=252&IDA=17077> consultado el 22 de julio de 2020 a las 9:40 am.

³⁷ *Law on extrajudicial rehabilitation*, citada en Ruti G. Teitel, *“Justicia ...”* op cit., p. 321. Disponible en: <http://www.proyectos.cchs.csic.es/transitionaljustice/content/czech-republic> consultado el 22 de julio de 2020 a las 10:00 am.

*de la fuerza y la coerción, debía ser restituida*³⁸. Adicionalmente, este sistema de reparaciones poscomunista tenía también un propósito político, relacionado con la seguridad económica en el nuevo modelo económico³⁹.

En Francia, la figura de la decisión previa de la Administración – *décision préalable* – constituye un potencial escenario de resolución de controversias en la medida en que los recursos interpuestos ante la jurisdicción administrativa deben revestir la forma de recursos en contra de una decisión administrativa; de creación jurisprudencial, hoy se encuentra contenida en el artículo 40 de la ordenanza 45-1728 de 31 de julio de 1945 y en el decreto 65-29 de 11 de enero de 1965⁴⁰. En palabras de Benoît, este privilegio de la Administración implica que:

*“[A]ntes de acudir al juez administrativo, para cuestionar la ejecución de un contrato administrativo por parte de la Administración, o para reclamar una indemnización por los daños ocasionados por ella, el particular debe primero, dirigirse a la autoridad para que tome una decisión preliminar sobre el tema de la controversia. En caso de que esta decisión no le otorgue lo que solicita, el individuo puede entonces presentar su solicitud ante los jueces administrativos.”*⁴¹ (traducción libre)

³⁸ Ruti G. Teitel, *“Justicia ...”*, op cit., p. 321.

³⁹ *Ibídem*, p. 322.

⁴⁰ Francis-Paul Benoît, *“Le droit administratif Français”*, Dalloz, 1968, p. 377 (traducción libre)

⁴¹ *Ibídem*.

Resulta evidente entonces que la responsabilidad del Estado y la reparación de los perjuicios no son una excepción a la regla de la decisión previa, en este sentido se destaca que, incluso desde el mismo fallo Blanco se acudió en primer lugar a la Administración con el fin de obtener la reparación de los perjuicios sufridos por la menor Agnès Blanco⁴². De esta manera, el Derecho administrativo francés cuenta con un sistema general de resolución de peticiones por parte de la Administración, en el cual, es necesario, primero, acudir ante la misma administración para obtener una decisión relativa a la solicitud de reconocimiento de la responsabilidad y la reparación de los perjuicios mediante acto administrativo y, luego, esta decisión puede ser controvertida ante la jurisdicción administrativa⁴³.

El sistema de reparación administrativa de perjuicios español es igualmente un referente de la propuesta de este trabajo, en la medida en que establece, de manera concreta, un procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado. La Constitución española de 1978 en su artículo 106.2 establece⁴⁴ la obligación en cabeza del Estado de indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran a sus bienes y derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, norma que debe

⁴² Tribunal de Conflictos, Caso Blanco, sentencia de 8 de febrero de 1873, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007605886/>

⁴³ Sobre la jurisdicción administrativa en Francia, puede verse: Christine Leroux de Belaunde, "Jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa en Francia", en *Revista Themis*, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 47 – 51, disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwign7qxloztAhWnVN8KHSExBGQQFjABegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fthemis%2Farticle%2Fdownload%2F10510%2F10982&usq=AOvVaw1Grfl3j7OahYVDnqKqK0p6>

⁴⁴ "[...] 2. 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."

analizarse de la mano con el artículo 121 que hace referencia a la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia⁴⁵. La ley 40 del 1º de octubre de 2015 – “*Régimen Jurídico del Sector Público*” – en su Capítulo IV – “*De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*” – desarrolla estos artículos.

En la Sección 2ª de ese capítulo de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público se establece el procedimiento que deben seguir los particulares para el ejercicio de su derecho a la reparación, en los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado español y, particularmente, en el artículo 36 se establece:

“Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. [...]

*5. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa [...]*⁴⁶

⁴⁵ Sobre este punto, puede verse: Pedro A. Zapata García, “*Fundamentos y Límites de la Responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*”, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 141 y ss.

⁴⁶ España, Ley 40 de 1º de octubre de 2015 – *Régimen Jurídico del Sector Público* - disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>

Por su parte, la Ley 39 de 1º de octubre de 2015 – *“Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”* - establece en su artículo 67 la manera en la que se debe iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, la prescripción del derecho a reclamar por parte de las víctimas y la forma de contabilizar dicho término⁴⁷; además, hace referencia a los requisitos que debe contener la solicitud. Para los efectos de este trabajo se destaca:

“Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

1. Los interesados solo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar.

[...]

2. Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la

⁴⁷ Distinto a la figura de la caducidad aplicable en el Derecho administrativo colombiano, en España se hace referencia a la prescripción del derecho, de manera similar al Derecho civil colombiano; sin embargo, llama la atención que la Ley española de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas parecería darle el mismo efecto de la caducidad, pues establece que podrá ejercerse siempre que no haya prescrito, lo cual es una característica de la figura de la caducidad y no de la prescripción en el ordenamiento colombiano, en la medida en que la segunda, al ser renunciable, de forma expresa o tácita, por lo tanto no restringe el ejercicio de acción y debe ser alegada por el demandado.

proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.”⁴⁸

Los artículos 91 y 92 de la ley de Procedimiento Administrativos Común de las Administraciones Públicas establecen la estructura del procedimiento de responsabilidad patrimonial y determinan la autoridad administrativa competente para resolver la controversia; además, de manera coherente con las finalidades de la Administración Pública, determina que el Estado puede iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial, siempre que no haya prescrito el derecho⁴⁹. El caso español es el mejor ejemplo del objeto de investigación de este trabajo.

Así, el escenario en el cual se pretende desarrollar la idea de una reparación administrativa de perjuicios en Colombia, implica: una concepción tradicional del concepto de la responsabilidad que se encuentra – muchas veces de manera inconsciente – arraigado a la cultura jurídica colombiana, que conlleva la necesidad indiscutible de un juez para que sea declarada; un sistema judicial colapsado, en

⁴⁸ España, Ley 39 de 1^o de octubre de 2015 – *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* - disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10565-consolidado.pdf>

⁴⁹ España, Ley 39 de 1^o de octubre de 2015 – *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* – artículo 65: “Especialidades en el inicio de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. 1. Cuando las Administraciones Públicas decidan iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial será necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado al que se refiere el artículo 67. 2. El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido.”

gran parte, como consecuencia de la idea de una relación inescindible entre *juez y responsabilidad*, que pide a gritos una solución real y; una posibilidad consistente en el desarrollo de una actividad administrativa, tan tradicional como ignorada y malentendida⁵⁰, de resolución de litigios y controversias, en este caso, relativos a la responsabilidad del Estado, como ya se ha hecho, no solo en otros ordenamientos, sino en Colombia, de tiempo atrás.

Ahora, resulta necesario analizar algunos conceptos que, tradicionalmente han sido propios del derecho de la responsabilidad, con el fin de contrastar la teoría clásica de la responsabilidad con la realidad jurídica colombiana y sus particularidades, para definir y delimitar las posturas jurídicas que serán fundamentales en el desarrollo de este trabajo de investigación.

⁵⁰ Al respecto, ver: Andrés Fernando Ospina Garzón, *“De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?”*, Universidad Externado de Colombia, 2009.

B. ANÁLISIS DE LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR Y SU DIFERENCIA CON LA RESPONSABILIDAD: UNA RELACIÓN GÉNERO - ESPECIE

Para efectos de esta investigación resulta necesario hacer un análisis y, en especial, una delimitación conceptual de la obligación de reparar y sus fuentes en el Derecho administrativo, como eje central de este trabajo de investigación. En relación con las fuentes del deber de reparar, es necesario resaltar que estas no se agotan en la responsabilidad civil, sino que también debe hablarse de la solidaridad como fuente de este deber. De la misma manera como en el Derecho civil las obligaciones tienen diferentes y diversas fuentes⁵¹ – el delito, el contrato, el “cuasi” delito, “cuasi” contrato y la ley – en el Derecho administrativo, el deber de reparar tiene dos fuentes: la responsabilidad y la solidaridad.

En relación con la primera, esto es, la responsabilidad, es la más reconocida y analizada, como se mencionó antes, esta institución jurídica ha sido definida como la obligación de reparar un daño, en palabras de Vistini: “[...] *tradicionalmente, el término “responsabilidad civil” evoca la idea de un daño sufrido por alguien y la obligación de repararlo a cargo de alguien más. La reparación del daño constituye*

⁵¹ Código Civil, artículo 1494: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

*la sanción que sigue a la comprobación de la responsabilidad*⁵². En el mismo sentido, Fernando Hinestrosa:

*“[...] La palabra responsabilidad se emplea en derecho penal para indicar que alguien ha cometido un acto calificable como delito. En derecho civil, significa, más genéricamente, la obligación que pesa sobre alguien de resarcir un daño causado por acto propio o de otra persona por quien está legalmente llamada a responder [...]”*⁵³.

Pese a ello, el desarrollo de las sociedades y la nueva dinámica social han dado lugar a una nueva realidad, y es la de la solidaridad como fuente del deber de reparar daños, lo que, entre otras cosas, obligaría a replantearse el concepto tradicional de responsabilidad. Como bien lo pone de presente M´Causland Sánchez: *“[a]l lado de la responsabilidad extracontractual se han diseñado, en las sociedades contemporáneas, otros mecanismos de compensación de daños”*⁵⁴, lo cual, explica, ha propiciado un debate sobre el lugar que debe ocupar la responsabilidad en el sistema legal de daños, pese a que, sin lugar a duda, sigue siendo *“la institución central en la estructura general de la compensación de daños”*⁵⁵.

⁵² Giovanna Vistini, *“¿Qué es la responsabilidad civil? ...”* loc cit., p. 13.

⁵³ Fernando Hinestrosa, *“Tratado de las Obligaciones ...”* loc cit., p. 73, nota al pie 7.

⁵⁴ María Cecilia M´Causland Sánchez, *“Equidad judicial ...”* loc cit., p. 366.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 367.

Otro sector de la doctrina nacional reconoce, aunque de manera más cautelosa, esta circunstancia, al realizar un análisis en el sentido en que la responsabilidad no puede ser el fundamento de las “reacciones” del Estado frente a ciertos daños, pues esta institución tiene límites, entre los que se encuentra la solidaridad⁵⁶. Al respecto, Zapata García considera:

“Ahora: cuando el Estado reacciona ante daños que no son producto de su actuar, culposo o no, normal o anormal, subjetivo u objetivo, el gran reto está en determinar si la institución de la responsabilidad sigue siendo el armazón que debería explicar la reacción de la Administración ante la aminoración de un patrimonio, no ya porque ha actuado, sino porque exista una supuesta obligación jurídica de reaccionar por medio de un traslado patrimonial [...] cuando una lesión patrimonial no puede atribuirse a una actuación u omisión de la Administración, puede que incidentalmente exista un daño, una lesión, pero no ya jurídicamente una responsabilidad; momento en el cual [...] habrá que acudir a otra institución jurídica.”⁵⁷

Esa “otra institución jurídica” es la solidaridad. En este sentido, las conclusiones de Pimiento Echeverri resultan fundamentales, pues al analizar si es posible que la solidaridad sea fundamento de la responsabilidad del Estado⁵⁸, considera:

⁵⁶ Ver: Pedro A. Zapata García, “Fundamentos y Límites de la Responsabilidad del Estado ...”, loc cit., pp. 54 y ss.

⁵⁷ Ibídem, p. 75 y 76.

⁵⁸ Como se ha hecho en algunas ocasiones por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, postura que no puede compartirse, en algunas decisiones desde la óptica del daño antijurídico y en otras desde la óptica de la imputación, ver: Julián Andrés Pimiento Echeverri, “Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual

“[...] ambas instituciones, aunque en ocasiones puedan coincidir en cuanto a sus fines y efectos, son esencial y sustancialmente distintas en su naturaleza. [...] Así, resulta válido considerar que en el ordenamiento jurídico patrio, por la morfología propia del modelo de Estado que se adoptó en la Constitución Política de 1991, la solidaridad puede constituir un fundamento del deber de reparar, al mismo título – pero no lo suplanta – que la declaratoria de responsabilidad. [...]

Es factible admitir que por razones de política pública o aun por cuestiones propias de las falencias del aparato público colombiano, la solidaridad se erige en una obligación de asumir un daño, no porque se haya causado, sino porque el ordenamiento jurídico establece dicho deber.”⁵⁹

Así, la solidaridad, entendida como “*principio fundante del Estado Social de Derecho*”⁶⁰ y como “*valor constitucional*”⁶¹ el cual “*apunta a las obligaciones que se imponen al Estado y a la sociedad frente a las personas que por razones individuales o estructurales, no están en condiciones de satisfacer de manera autónoma sus requerimientos vitales*”⁶², se erige además, en nuestro ordenamiento jurídico, como fuente del deber de reparar perjuicios, cuyo fundamento

del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, Numero 36, Universidad de los Andes, junio, 2016, <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14>

⁵⁹ Julián Andrés Pimiento Echeverri, “Responsabilidad o solidaridad ...” *loc cit.*, pp. 24 -25 y 29.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2008

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-459 de 2004

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-793 de 2009

constitucional son los artículos 1, 2 y 95.2; y no como un fundamento de la responsabilidad del Estado, como se ha pretendido en algunas ocasiones⁶³.

En este sentido se pronunció la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 20 de junio de 2017, en la cual se estableció que el análisis de la responsabilidad no puede centrarse únicamente en la existencia del daño antijurídico, sino que, además, es requisito que se determine la atribución jurídica al Estado a título de falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional y, que en esa medida, la solidaridad no puede el fundamento único de la responsabilidad, como sí del desarrollo de políticas públicas. Al respecto se lee:

*“El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado constituye una garantía constitucional para los ciudadanos y se suscita cuando se reúnen los elementos requeridos por el artículo 90 de la Constitución -daño e imputación al poder público-, mientras que el principio de solidaridad surge como un mandato de optimización inherente al Estado social de derecho que exige de todas las autoridades públicas y de los asociados la promoción de acciones positivas en favor de quienes experimentan condiciones de desventaja o debilidad manifiesta, por lo cual el Estado debe desarrollar políticas públicas dirigidas a equilibrar los beneficios y cargas de todos los integrantes de la sociedad. No obstante, **la solidaridad no se erige, bajo ningún motivo, en fundamento autónomo y exclusivo de la responsabilidad estatal.**”⁶⁴*
(negrillas fuera del texto)

⁶³ Ver nota al pie 58.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de junio de 2017, expediente 18860

A pesar de lo anterior, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 16 de agosto de 2018, resolvió condenar al Estado a responder patrimonialmente por el atentado al Club El Nogal ocurrido el 7 de febrero del 2003, con fundamento en los artículos 2, 90 y 93 constitucionales y con el argumento de que las víctimas no se encontraban en el deber de soportar el daño. La anterior decisión fue dejada sin efectos por la Corte Constitucional en sentencia SU-353 del 26 de agosto de 2020⁶⁵, toda vez que desconoció el precedente judicial de 2017 al declarar la responsabilidad del Estado por el atentado al Club El Nogal, sin consideración expresa de los criterios fijados en 2017 por la sala plena de esa sección y, sin el cumplimiento de la carga argumentativa a la que se encuentra sometido el juez cuando se aparta del precedente, en este caso, de orden horizontal, el cual se exige con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

De esta manera, si bien la solidaridad se erige como una de las fuentes del deber de reparar perjuicios, la misma supone una actividad administrativa, con fundamento en los artículos 1, 2 y 95; y en ese sentido, *“[e]s factible admitir que por razones de política pública o aun por cuestiones propias de las falencias del aparato público colombiano, la solidaridad se erige en una obligación de asumir un daño, no porque se haya causado, sino porque el ordenamiento jurídico establece dicho deber.”*⁶⁶

⁶⁵ A la fecha de este escrito la sentencia SU-353 de 2020 no había sido publicada por la Corte Constitucional, sin embargo, las consideraciones principales y la decisión se encuentran en el comunicado No. 35 de 26 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2035%20del%2026%20de%20agosto%20de%202020.pdf> consultado el 5 de noviembre de 2020.

⁶⁶ Julián Andrés Pimiento Echeverri, “Responsabilidad o solidaridad ...” *loc cit.*, pp. 24 -25 y 29.

En Colombia efectivamente existen eventos en los cuales la solidaridad es el fundamento de la obligación de reparar, en el escenario de la función administrativa. Así, la reparación administrativa a las víctimas del conflicto armado es tal vez el más evidente: el decreto 1290 de 2008 – *“por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley”* -, al definir la reparación individual administrativa, estableció: *“de acuerdo con el principio de solidaridad, se entiende por reparación individual administrativa el conjunto de medidas de reparación que el Estado a las víctimas”*⁶⁷.

Posteriormente la ley 1448 de 2011 – *“ Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”* – reglamentada por el decreto 4800 2011, hoy compilados en el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015 – *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación”* – constituyen el marco legal actual para la reparación administrativa de las víctimas del conflicto armado y, un ejemplo claro de reparación administrativa de perjuicios cuya fuente es la solidaridad.

En este sentido, la Corte Constitucional al resolver una acción de tutela interpuesta por una víctima del conflicto armado, en la cual solicitó el amparo a sus derechos “a

⁶⁷ Decreto 1290 de 2008, artículo 2.

la asistencia humanitaria y reparación integral”, en vigencia del decreto 1290 de 2008, consideró que el principio de solidaridad es la base de la reparación administrativa por violaciones a los derechos fundamentales de las víctimas atribuibles a grupos armados al margen de la ley⁶⁸.

Otro ejemplo de reparación de perjuicios con fundamento en la solidaridad es la indemnización *“a forfait”* de los miembros de la Fuerza Pública, consagrada en el decreto 1211 de 1990 – *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”* – consistente en una reparación de perjuicios sufridos éstos durante el ejercicio de sus funciones⁶⁹. Al respecto, la Corte Constitucional, al analizar una norma relacionada con esta figura, manifestó que, en razón de: *“la vinculación laboral que sostienen con la administración, la importante misión constitucional que desempeñan, y el elevado riesgo que involucra su labor, el legislador estableció un régimen especial de reparación para este grupo de víctimas”*⁷⁰. Esta figura hace parte del sistema de seguridad social de los miembros de las Fuerzas Militares, el cual tiene como fundamento el principio de solidaridad⁷¹.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-722 de 2008 y, en el mismo sentido: Corte Constitucional, sentencia SU-254 de 2013.

⁶⁹ El artículo 155, establece: *“PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA. Al Oficial o Suboficial de las fuerzas Militares que presente disminución e la sicofísica determinada por la Sanidad Militar [...] le será reconocida y pagada la indemnización que le corresponda con base en los haberes del grado que tenga cuando se le califique la lesión ...”*; el artículo 181 del mismo decreto establece: *“DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA. Los Oficiales y Suboficiales que en el momento de su retiro del servicio activo presenten una disminución de la capacidad sicofísica determinada por la Sanidad Militar que no haya sido indemnizada en la forma prevista en el artículo 155 de este Decreto, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague: a. una indemnización que fluctuar entre uno (1) y treinta y seis (36) meses de sus haberes [...]”*; entre otros.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-161 de 2016.

⁷¹ Alfredo Puyana Silva, *“Sistema integral de Seguridad Social: parte general y el subsistema general de pensiones”*, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 26 – 27; y Leonardo Cañón Ortégón, *“La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y de la*

Lo anterior pone de presente que en el ordenamiento jurídico colombiano el deber de reparar tiene dos fuentes: la responsabilidad y la solidaridad. Lo que a su vez obliga a analizar el contenido de la obligación de acuerdo con su fuente. Así, es posible clasificar el contenido de la obligación – deber de reparar – en dos: un sentido amplio y un sentido estricto.

El primero, el sentido amplio, hace referencia a la reparación integral desde el escenario de la solidaridad, que implica no solamente el efecto tradicional de la reparación consistente en llevar a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la producción del hecho dañoso, sino que, por su fuente misma y el escenario en el que se desarrolla, implica la adopción de mecanismos y respuestas propias de la justicia distributiva, lo que en nuestros días se ha denominado “*reparaciones transformadoras*”⁷². Lo anterior resulta claro en el contexto de la justicia transicional. Así, en un análisis de la reparación a las víctimas del conflicto armado y de violaciones a los derechos humanos, se sostiene:

protección social en Colombia”, en “*Páginas de seguridad social*”, volumen 1, enero – junio, 2017, DOI: <https://doi.org/10.18601/25390406.n1.01>, consultado el 28 de julio de 2020 a las 10:00 am.

⁷² “[E]l objetivo es ir más allá de una mera restitución, buscando transformar las relaciones de subordinación y exclusión social que se encuentran en el origen del conflicto que busca ser superado y que en todo caso aparecen incuvas desde una perspectiva de justicia distributiva” Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática” en Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez, Rodrigo Uprimny Yepes, “*Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*”, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), 2015, p. 35.

“Tradicionalmente se ha entendido que el objetivo de la reparación es llegar a la situación anterior a la ocurrencia del hecho antijurídico, es decir, retrotraer en lo posible las consecuencias de la violación para llevar a la víctima a la situación en la que estaría si los hechos violatorios no hubieran ocurrido. Las conclusiones de los estudios de casos presentados en este libro sugieren que este cometido es extremadamente limitado. Desde el punto de vista de la refundación de una comunidad política más democrática y justa: ¿Cuál sería la pertinencia para las vidas de las víctimas de un ejercicio de reparación que pretenda dejarlas en la situación de marginalidad y exclusión que éstas padecían antes de ser revictimizadas por la violencia? La respuesta que resulta de los estudios empíricos que se presentan en este libro va dirigida hacia la necesidad de combinar los enfoques restitutivos clásicos de la reparación con enfoques más redistributivos propios de la justicia social.”⁷³

Este sentido “*amplio*” de la obligación de reparar fue acogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 5 del decreto 4800 de 2011⁷⁴ y en el artículo 25

⁷³ Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez, Rodrigo Uprimny Yepes, *“Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión”*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), 2015, pp. 21-22

⁷⁴ *“Enfoque transformador. Las medidas de reparación contenidas en el presente decreto buscan contribuir a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que contribuyeron a la victimización, bajo el entendido que transformando dichas condiciones se evita la repetición de los hechos y se sientan las bases para la reconciliación en el país. El enfoque transformador orienta las acciones y medidas contenidas en el presente decreto hacia la profundización de la democracia y el fortalecimiento de las capacidades de las personas, comunidades e instituciones para su interrelación en el marco de la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones. Asimismo las orienta a la recuperación o reconstrucción de un proyecto de vida digno y estable de las víctimas”*

de la Ley 1448 de 2011⁷⁵; esto es, como se explicó, en el marco de la justicia transicional, es decir, cuando la fuente de la obligación de reparar es la solidaridad y no la responsabilidad.

Situación distinta se presenta cuando la fuente del deber de reparar es la responsabilidad del Estado, escenario en cual se destaca la definición de “reparación” que trae Henao Pérez: *“es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño”*⁷⁶. Así, es claro que en el escenario de la responsabilidad del Estado el contenido de la obligación de reparar es llevar a la víctima al estado anterior a la producción del daño; sentido estricto del deber de reparar, con fundamento en la naturaleza de la fuente misma de la obligación, que no permite la inclusión de criterios “transformadores” con fundamento en la justicia distributiva, tan acertados en escenarios de solidaridad.

En relación con este punto, se acogen las consideraciones expuestas por M’Causland Sánchez, en relación con el alcance de la obligación de reparar con fuente en la responsabilidad:

“Cuando, por el contrario, la reparación se imponga judicialmente al victimario, esto es, al autor de las conductas con las cuales se causaron

⁷⁵ *“Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley [...]”*

⁷⁶ Juan Carlos Henao, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado ...” loc cit., p. 42.

daños a las víctimas del conflicto armado, sea aquel un particular, un servidor público o el Estado, ella tendrá fundamento en la responsabilidad patrimonial y no podrá, entonces ir más allá de la entidad que tenga el daño mismo ni excederse, por lo tanto, a la búsqueda de la eliminación de la situación de discriminación y marginación en la que, antes del daño, ya se encontraban aquellas, pues tal situación no se será imputable al condenado.”⁷⁷

La delimitación conceptual del deber de reparar en el Derecho administrativo y el análisis de sus fuentes resulta relevante para esta investigación, toda vez que, llama la atención cómo la solidaridad, como fuente del deber de reparar, encuentra un desarrollo y puesta en marcha en el ejercicio de la función administrativa⁷⁸, mientras que, la responsabilidad, institución central en la reparación de perjuicios, tiene un desarrollo amplio en el escenario jurisdiccional pero, ha sido ignorada y maltratada en el ámbito de la función administrativa a lo largo del tiempo.

El análisis de la procedencia de una reparación de perjuicios con fundamento en la responsabilidad del Estado, en ejercicio de función administrativa, similar a la reparación que se establece mediante procedimientos administrativos cuando su fundamento es la solidaridad, es precisamente el objeto de investigación de este

⁷⁷ María Cecilia M’Causland, *“Equidad judicial y responsabilidad extracontractual”*, loc cit., p. 381.

⁷⁸ Las reparaciones en virtud de la Ley 1448 de 2011 y de la indemnización *“a forfait”* se llevan a cabo como una típica función administrativa, en donde la víctima le solicita a la Administración proceder con la reparación fijada en la ley.

trabajo. Reparación que debe consistir en asegurar “a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño”⁷⁹, por las razones expuestas.

Delimitado el escenario jurídico en el cual se desarrolla esta investigación y, analizados y determinados el objeto de investigación y el alcance mismo del concepto de reparación para efectos de lo que acá se propone, se estudiará, en primer lugar, la *posibilidad jurídicamente fundada de reparar perjuicios derivados de la responsabilidad en sede administrativa* (I), para después de esto, poner en evidencia una *realidad ignorada y, muchas veces, malentendida en nuestro ordenamiento jurídico* (II) y, finalmente, proponer y desarrollar una propuesta: la *oportunidad para las víctimas y para la Administración: el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios y sus aspectos procesales* (III). Dicho de otra manera, se abordará, en primer lugar, la posibilidad, luego la realidad y, por el último, la manera de transformar tal realidad, es decir, el futuro.

⁷⁹ Juan Carlos Henao, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado ...” loc cit., p. 42.

I. UNA POSIBILIDAD JURÍDICAMENTE FUNDADA: EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS EN SEDE ADMINISTRATIVA

Este trabajo se desarrolla en el marco de la función administrativa de resolución de litigios y controversias, en este caso, relacionadas con la responsabilidad del Estado. Una “novedosa”⁸⁰ herramienta del Derecho administrativo que permita dar respuestas prontas y eficaces al ciudadano, de la mano de una Administración que, al estar cada vez más presente en el día a día⁸¹, responda a las necesidades de la sociedad y, sobretodo al servicio de los administrados y no al revés. El escenario en el que se plantea esta investigación es, en palabras de Ospina Garzón:

“[...] la existencia de un contencioso administrativo no jurisdiccional y resuelto directamente por las autoridades administrativas, en ejercicio de una función administrativa de resolución de litigios, denominada actividad contenciosa de la Administración, no es una creación reciente, pero sus potencialidades para afrontar problemáticas actuales no son despreciables. En otras palabras, la actividad contenciosa de la Administración es una función administrativa que

⁸⁰ No se trata de una nueva función administrativa, sino de una realidad malentendida, en nuestro ordenamiento, inclusive, ver: Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” loc cit., p. 276 – 277: “Hay evidencias de una transitoria pervivencia de los recursos indianos, a pesar de la independencia. Incluso, por la inercia de las instituciones indianas, autoridades administrativas recibieron funciones contenciosas, pero en los textos constitucionales la idealización de la separación de poderes significaba que la resolución de litigios es una función exclusivamente atribuida al poder judicial. Desde la primera república que tuvimos en nuestro territorio, el principio adquirió contenido y se exageró, al llevarlo al extremo ...”; en el mismo sentido: Andrés Fernando Ospina Garzón, “De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ...” loc cit.

⁸¹ Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” loc cit., p. 267.

*consiste en resolver litigios que, en su conjunto, constituye un concepto denominado el contencioso administrativo no jurisdiccional.*⁸².

El derecho a la justicia y su acceso efectivo, como derecho fundamental y como parte del derecho al debido proceso, son exigibles en el escenario jurisdiccional como en el ámbito de la función administrativa, pues la obligación del Estado en relación con este derecho no se agota en las decisiones judiciales⁸³. No en vano el artículo 29 constitucional establece que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”*⁸⁴. El procedimiento administrativo y la resolución de los recursos en la vía administrativa es un verdadero escenario de justicia administrativa para ello se requiere no solo la competencia de la administración, sino que se necesita que se desarrolle en un escenario garantista, esto es, respetuoso del debido proceso. Al respecto Santofimio Gamboa:

“La idea de un procedimiento aplicable a la actividad administrativa – en especial a la formación del acto administrativo -, símbolo indiscutible de la garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto al ordenamiento jurídico y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración, en procura de decisiones administrativas

⁸² Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” loc cit., p. 270 – 271.

⁸³ Andrés Fernando Ospina Garzón, “La justicia administrativa para la paz o los *“medios de control”* para la paz”, en *“La constitucionalización del Derecho administrativo. El Derecho administrativo para la paz”*, Tomo II, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 644: *“Los medios de control no son, entonces, exclusivamente jurisdiccionales, sino también administrativos, endógenos o internos de la misma autoridad administrativa, o exógenos, externado a esta ...”*

⁸⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 29.

*sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico: prácticamente se relaciona con la evolución del Estado de Derecho ...*⁸⁵

Así, el contencioso administrativo no jurisdiccional constituye, de la mano del procedimiento administrativo y su concepción a la luz del Estado Social de Derecho, un verdadero escenario de justicia administrativa, que permite al administrado debatir y, a la Administración llegar a una decisión sustancial de la controversia.

Para ello, es necesario analizar qué se requiere en el ordenamiento jurídico colombiano para concretar esta posibilidad jurídicamente fundada. De esta manera de analizará, en primer lugar, la *ausencia de una exigencia constitucional de un juez que resuelva los asuntos relativos a la responsabilidad del Estado (A)*, posteriormente se analizará *la necesidad de una herramienta que le otorgue competencia a la Administración (B)*; por último, se estudiará el régimen jurídico aplicable, esto es, que *la Administración no solo resuelve la controversia, sino que también tasa y liquida perjuicios (C)*.

⁸⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 341.

A. LA AUSENCIA DE UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: UNA LECTURA DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN

Por mandato constitucional, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus autoridades públicas, de conformidad con el artículo 90, lo que implica, como consecuencia lógica de la responsabilidad, el deber de reparar los perjuicios ocasionados, tal como ya se explicó. Asimismo, en Colombia el paradigma *juez y responsabilidad* ha sido tradicionalmente aceptado, casi que, de manera automática, con gran fuerza en la responsabilidad del Estado.

Pese a lo anterior, este paradigma - *juez y responsabilidad* - no tiene un verdadero sustento constitucional, aunque hay quienes podrían entender que sí cuenta con uno legal: las normas de competencia de los jueces de lo contencioso administrativo relativas a la acción y/o medio de control de reparación directa⁸⁶. Sin embargo, dichas disposiciones resultan aplicables precisamente al procedimiento judicial relativo a esa acción que, por supuesto, le compete al juez, mas no limitan todas las decisiones que, con fundamento en el artículo 90 constitucional, deban tomarse⁸⁷.

⁸⁶ Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, artículos 149 a 155.

⁸⁷ Podría incluirse la conciliación extrajudicial como un evento más, pese a lo cual, esta figura no se encuentra del todo exenta de la presencia del juez de lo contencioso administrativo, pues de

En todo caso, esta situación no impide la ruptura del paradigma por la misma vía: la ley. Lo anterior, ante la ausencia de una exigencia constitucional de la presencia del juez y, precisamente, de un juez de lo contencioso administrativo en el juicio de responsabilidad del Estado, como se procede a explicar.

La cláusula general de la responsabilidad del Estado es el ya mencionado artículo 90, el cual reafirma los presupuestos en los que se sustenta el Estado social de derecho, llamado a procurar la eficiente y eficaz protección de los derechos y libertades⁸⁸. Así, establece:

“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 éste.”

Esta norma puede dividirse en dos partes: en la primera, la cláusula general de responsabilidad del Estado y, en el segundo inciso, la disposición constitucional que permite al Estado repetir en contra del agente, cuando el daño haya sido consecuencia de su actuar doloso o gravemente culposo.

conformidad con el artículo 24 de la ley 640 de 2001, deben ser aprobadas por un juez dentro de los tres días siguientes a su celebración.

⁸⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *“Tratado de Derecho administrativo. Derecho de víctimas ...”*, Tomo V, loc cit., p. 24-26

De una lectura sencilla de la cláusula general de responsabilidad del Estado no se evidencia la exigencia de un juez de lo contencioso administrativo en cuya cabeza se encuentre la función de declarar dicha responsabilidad. Por el contrario, cuando se establece que “*el Estado responderá*”, es una disposición abierta, que permite que la obligación de responder se establezca por distintas vías jurídicas o, en otras palabras, que no exige, de manera imperativa, que su reconocimiento sea por vía judicial.

Tampoco se encuentra en la Constitución Política una competencia dada de manera estricta al juez de lo contencioso administrativo para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad del Estado, puesto que, los artículos que desarrollan lo relativo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no imponen esta exigencia, por el contrario, en el artículo 237, relativo a las atribuciones del Consejo de Estado, se establece:

“Son atribuciones del Consejo de Estado:

- 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.*
- 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.*

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.”

Disposiciones constitucionales que, analizadas de manera sistemática con las demás normas constitucionales y las finalidades del Estado social de derecho, permiten concluir que no existe una exigencia constitucional que establezca que la declaratoria de responsabilidad del Estado y la consecuente obligación de reparar perjuicios, deba ser establecida por un juez de lo contencioso administrativo, siempre y en todos los casos. No de otra manera puede entenderse lo expuesto por el profesor Peláez Gutiérrez, en relación con el sistema de responsabilidad pública:

“La Asamblea Nacional Constituyente determinó expresamente que el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado es un mecanismo

de protección de derechos y del orden jurídico. Pero las dimensiones de este derecho no se detienen allí. El constituyente habla igualmente de un sistema de responsabilidad pública, lo cual tiene incidencia directa en el margen autorizado de intervención legislativa. Este concepto de “sistema de responsabilidad pública” se desarrolla en varios escenarios en la Asamblea Nacional Constituyente; en ellos se observa con claridad la idea de sistema y de integración alrededor del tema de la responsabilidad pública”⁸⁹

Destaca, además, la exposición de motivos de los mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares, en la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero manifestó:

“Además, como especial garantía adicional para los ciudadanos, se ha considerado necesario establecer – como parte del sistema de la responsabilidad pública – una acción que permita demandar y conseguir el cumplimiento del deber omitido por las autoridades públicas ...”⁹⁰

Lo anterior, confirma que el mecanismo jurisdiccional – acción de reparación directa – es tan solo una parte del “sistema de la responsabilidad pública”, el cual, por el significado mismo de la expresión “sistema”⁹¹, no puede agotarse en una acción o

⁸⁹ Juan Carlos Pelaéz Gutiérrez, “Los límites de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual” loc cit., p. 809.

⁹⁰ Asamblea Nacional Constituyente, “Gaceta Constitucional”, Exposición de Motivos, lunes 22 de abril de 1991, p. 14, citado en “Los límites de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual” Juan Carlos Peláez Gutiérrez, loc cit., p. 809 – 810.

⁹¹ Según la Real Academia de la Lengua Española por “sistema” es: “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; conjunto de cosas que relacionadas entre sí

medio de control ante el juez de lo contencioso administrativo y, es necesario un análisis de los demás mecanismos que conforman este sistema⁹², en el que se encuentra, de manera paralela a la acción de reparación directa, el objeto de este estudio: la reparación administrativa de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, entre otros.

Ahora, la segunda parte de la disposición constitucional analizada tiene que ver con la posibilidad de repetir en contra del agente que causó el daño, siempre que su actuar haya sido doloso o gravemente culposo, norma que tampoco impone una exigencia en relación con la participación del juez de lo contencioso administrativo. De esta manera lo entendió el legislador en 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”* – cuando en su artículo 2º estableció:

“La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una

ordenadamente contribuyen a un determinado objeto”, en: <https://dle.rae.es/sistema> consultado el 17 de agosto de 2020 a las 11:00 am.

⁹² En este punto resulta evidente la referencia a la teoría alemana del Derecho administrativo como sistema, la cual parte de *“una idea ordenadora [...] cuyo objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del sistema”*, Eberhard Schmidt-Assmann, *“La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática”*, Marcial Pons, Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, España, 2003, p. 1.

condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.” (se destaca).

La constitucionalidad de la expresión “*conciliación u otra forma de terminación de un conflicto*” fue demandada bajo el argumento que el artículo 90 constitucional establece la procedencia de la acción de repetición cuando el Estado haya sido condenado. El demandante equiparó la expresión “*condena*” a que el Estado haya sido “*vencido en juicio llevado a cabo ante el juez competente*”⁹³ y en esa medida, afirmó que no era posible ejercer la acción de repetición cuando se trate de una conciliación u otra forma de terminación de conflictos. Al resolver esta demanda, la Corte Constitucional en sentencia C-338 de 2006, declaró la norma ajustada a la Constitución Política, bajo el entendido de que en Colombia es viable “*la posibilidad de establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos ...*”⁹⁴.

Para el efecto, la Corte entendió que cuando el inciso segundo del artículo 90 constitucional hizo referencia al “*evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial*” no se incluyó un término que denotara exclusividad y/o taxatividad, por lo cual, no resultaba correcto entender que debía existir una sentencia condenatoria,

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2006

⁹⁴ *Ibíd*em

más aún cuando en el ordenamiento jurídico colombiano existen otros mecanismos a través de los cuales es posible establecer la responsabilidad del Estado.

De la anterior decisión, es posible entender que la Corte Constitucional equiparó el término “condena” a una “*condena mediante sentencia judicial*”, interpretación que no puede compartirse, toda vez que incurre en la falacia de confundir el género con la especie, en la medida en que, si bien mediante una sentencia judicial es posible establecer una condena, no toda condena implica la existencia de una sentencia judicial.

En este sentido, es necesario reiterar el escenario en el que se desarrolla esta investigación, esto es, el de la actividad contenciosa de la Administración, en el cual la actividad condenatoria y la sancionatoria están presentes como una de las formas de resolución de conflictos⁹⁵. Adicionalmente, porque el mismo ordenamiento jurídico colombiano consagra la existencia de condenas por fuera del ejercicio de la función jurisdiccional: la Ley 610 de 2000 –“*por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*”- establece la posibilidad para que una autoridad administrativa, en ejercicio de función administrativa⁹⁶, profiera una decisión condenatoria. Así, el artículo 53 establece:

⁹⁵ “*El contencioso administrativo prejurisdiccional o respecto de actos administrativos se traba con el recurso mismo, que controvierte la decisión tomada; el relativo a las sanciones y condenas requiere que la Administración pública anuncie, mediante un acto de trámite, la decisión desfavorable que puede tomar al final del procedimiento, para que el sujeto resista y entable una contienda.*” Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional [...]” loc cit., p.309

⁹⁶ El artículo 1º de esta ley establece: “**DEFINICION.** *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio*

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

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.”

Y en lo que tiene con los efectos de esta decisión condenatoria, el artículo 58 de la misma ley establece:

“MERITO EJECUTIVO. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.”

de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”

Asimismo, los artículos 3⁹⁷, 4.9⁹⁸ y 25.5⁹⁹ del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya finalidad es, *“hacer efectivos los derechos del contratista a ser indemnizado a través de mecanismos jurídicos flexibles y eficaces”*¹⁰⁰, son otra realidad en la que el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de imponer una condena, en este caso pecuniaria por tratarse de una indemnización, mediante una decisión administrativa y no judicial.

De esta manera, por *“condena”* debe entenderse la **imposición de una obligación, por parte de la autoridad encargada de resolver controversias, a un sujeto de derecho**, la cual puede darse mediante una sentencia judicial, como en los casos del ejercicio de la acción de reparación directa o mediante una decisión administrativa, como efectivamente sucede en los eventos de responsabilidad fiscal, entre otros; que a su vez puede ser una obligación de dar (una suma de dinero o cualquier otro bien), o una obligación de hacer (como cumplir una pena o realizar un acto, de petición de excusas, por ejemplo), o de no hacer (como las órdenes de alejamiento en el derecho penal). Así, no se comparte el argumento utilizado por la Corte Constitucional para declarar exequible el artículo 2º de la Ley 678 de 2001,

⁹⁷ *“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”* (se destaca)

⁹⁸ *“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”* (se destaca)

⁹⁹ *“DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: [...] 5. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.”*

¹⁰⁰ José Luis Benavides, *“El contrato estatal ...”* loc cit., p. 240.

toda vez que, debe entenderse que la condena puede darse mediante un acto administrativo en el cual se resuelve una controversia.

Esto implica que, inclusive en el evento en que se acogiera la postura de la Corte Constitucional en la sentencia C-338 de 2006, para hacer efectivo el segundo inciso del artículo 90 constitucional, tampoco es necesaria la presencia de un juez de lo contencioso administrativo en la declaratoria de responsabilidad (no en el ejercicio de repetición), puesto que una condena al Estado puede provenir de cualquier autoridad – administrativa o judicial – con competencia para resolver controversias y, en todo caso, la misma ley 678 de 2001 incluyó la posibilidad de hacerlo cuando la obligación de indemnizar surge de *“otra forma de terminación de un conflicto”*, expresión abierta que implica que el Estado puede – y debe – hacer uso de esa acción cuando el reconocimiento de la indemnización provenga de una decisión de la administración, inclusive.

Así, una vez analizadas las disposiciones de rango constitucional que hacen referencia la responsabilidad del Estado y, a las funciones mismas del juez de lo contencioso administrativo, es posible concluir que no hay, en el ordenamiento jurídico colombiano, una norma constitucional que exija que la responsabilidad del Estado debe ser declarada por el juez de lo contencioso administrativo, o dicho de otra forma, no hay en la Constitución Política una restricción en relación con la posibilidad de que la administración pública reconozca su responsabilidad y repare los perjuicios causados, en ejercicio de función administrativa.

En este punto surgen algunas dudas debido a la ausencia de análisis de la posibilidad de reparar perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado en sede administrativa: ¿Por qué supeditar el cumplimiento de un deber del Estado, es decir, el cumplimiento mismo de sus fines esenciales, a la orden de un juez o de quien ejerza función jurisdiccional?; ¿No es la Administración pública un sujeto de derecho capaz de tomar decisiones sustanciales para el cumplimiento de sus fines?; ¿Por qué en otros eventos sí resulta ser la Administración lo suficientemente capaz como para resolver asuntos de tal importancia, como por ejemplo, el procedimiento administrativo sancionatorio¹⁰¹, en el cual se impone una sanción administrativa¹⁰²?

Entonces, si la Administración es lo suficientemente capaz e idónea para restringir derechos individuales, por ejemplo, a través de la sanción administrativa, que se impone mediante un procedimiento administrativo, ¿Cómo no serlo para garantizar

¹⁰¹ Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, artículo 47, en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio: *“los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes. Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso. Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente...”*

¹⁰² Definida como: *“la imposición de un castigo que implica el sacrificio de un derecho de connotación individual como respuesta del ordenamiento jurídico ante el despliegue de una conducta prohibida”* en: Jorge Iván Rincón Córdoba, “Capítulo III: procedimiento administrativo sancionatorio, Comentarios del capítulo”, en *“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Comentado y concordado”*, 2ª Ed., José Luis Benavides (editor), Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 177.

otros derechos individuales, como el de la reparación?; la respuesta lógica no puede ser otra distinta a que sí tiene la capacidad e idoneidad para garantizarlos, mediante un procedimiento administrativo que cumpla con todas las garantías para la Administración y para el administrado y, cuyo presupuesto jurídico se analizará a continuación.

B. LA NECESIDAD DE UNA HERRAMIENTA QUE LE OTORQUE COMPETENCIA A LA ADMINISTRACIÓN: CONDICIÓN DE LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS

En relación con la competencia y el alcance de la actuación de la Administración Pública y, debido a la importancia del principio de legalidad en el Estado de Derecho, pilar fundamental del mismo¹⁰³, se destaca que una concepción tradicional de éste en Colombia entiende que toda actuación administrativa debe gozar de una cobertura legal¹⁰⁴; sin embargo, el Estado de Derecho no puede entenderse como “*el poder sujeto a un preciso orden normativo*”¹⁰⁵, puesto que, es, en realidad, más amplio: el sometimiento de la Administración al Derecho, que no se agota en la ley en sentido formal, pues debe entenderse como la evolución al “*principio de juridicidad*”¹⁰⁶ o, en otras palabras, como el sometimiento al “*bloque de legalidad*”¹⁰⁷.

¹⁰³ En este sentido la Corte Constitucional, en sentencia C-710 de 2001, consideró: “*La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.*”

¹⁰⁴ Héctor Santaella Quintero, “Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la Administración de una transición constitucionalmente impuesta” en “*La constitucionalización del Derecho administrativo*”, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 86.

¹⁰⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “*Compendio de Derecho administrativo*”, op cit., p. 188.

¹⁰⁶ Propuesta explicada en Héctor Santaella Quintero, “Del principio de legalidad al principio de juridicidad ...” loc cit., p. 87.

¹⁰⁷ En este sentido lo entiende Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “*Compendio de Derecho administrativo*”, loc cit., p. 189

En este sentido, *“no es lo mismo una administración predeterminada por la ley que una administración concebida por la Constitución y enmarcada por la ley”*¹⁰⁸. Lo anterior significa, como lo explica Santaella Quintero, que a la administración le está permitido actuar con base en normas jurídicas distintas a la ley en sentido formal, siempre que *“obre con base en una competencia legalmente atribuida y con respeto de la jerarquía normativa”*¹⁰⁹.

Así, en desarrollo de la cláusula general de responsabilidad del Estado, esto es, el artículo 90 Constitucional, fundamento del *“sistema de responsabilidad pública”*¹¹⁰, la Administración puede reparar, sin la intervención de un juez ni en ejercicio de una función jurisdiccional, los perjuicios que le sean imputables, para lo cual, es presupuesto que la ley, esta sí entendida en sentido formal, le otorgue competencia para ello.

De esta manera, es un presupuesto de legalidad que la Administración cuente con una competencia para resolver las controversias, en este caso relativas a la responsabilidad del Estado y, para su consecuencia lógica: la reparación los perjuicios ocasionados. De lo contrario, la decisión de la Administración estaría viciada de nulidad, en los términos de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁰⁸ Héctor Santaella Quintero, “Del principio de legalidad al principio de juridicidad ...” loc cit., p. 100.

¹⁰⁹ Ibídem, p. 103.

¹¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente, “*Gaceta Constitucional*”, Exposición de Motivos, ya citado.

Así como lo estableció el legislador en la ley 80 de 1993 – “*Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública*” – que creó un mecanismo de resolución de controversias y litigios por parte de la administración contratante, un cambio querido por el legislador en tanto busca descongestionar a los tribunales y, ofrecer a las partes la posibilidad de un arreglo directo de sus diferencias y litigios¹¹¹.

Se trata entonces de una verdadera función contenciosa de la administración, en el ámbito de la contratación estatal, con fundamento en los artículos 3¹¹², 4.9¹¹³ y 25.5¹¹⁴ del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya finalidad es, en palabras del profesor Benavides “*hacer efectivos los derechos del contratista a ser indemnizado a través de mecanismos jurídicos flexibles y eficaces*”¹¹⁵, como parte de un verdadero “*sistema de responsabilidad pública*”.

Pese a ser claro y aceptado sin mayor dificultad en el ámbito del contrato estatal, no solo la posibilidad de resolver controversias y litigios derivados de la ejecución

¹¹¹ José Luis Benavides, “*El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*”, 2ª Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 238.

¹¹² “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.” (se destaca)

¹¹³ “Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.” (se destaca)

¹¹⁴ “DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: [...] 5. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.”

¹¹⁵ José Luis Benavides, “*El contrato estatal ...*” loc cit., p. 240.

de un contrato estatal por parte de la Administración, sino de la posibilidad de reparar perjuicios en ejercicio de función administrativa, figura que ratifica la idea de un “*sistema de responsabilidad pública*” que no puede agotarse en una acción o medio de control ante el juez de lo contencioso administrativo, en el escenario de la responsabilidad extracontractual no ha sido analizada su procedencia como una posibilidad seria y jurídicamente fundada. Por el contrario, su sola insinuación genera miedo e, inclusive, sospecha.

Así, una vez identificada la herramienta que, en el ordenamiento jurídico colombiano, es presupuesto para la reparación administrativa de perjuicios – la ley que le otorgue competencia a la administración – resulta pertinente hacer referencia a los artículos 345¹¹⁶ y 346¹¹⁷ constitucionales en los cuales se establecen algunos requisitos para los gastos y erogaciones del Estado.

El artículo 346 constitucional establece que “*no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado*”

¹¹⁶ “*En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.*”

¹¹⁷ “*El Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura. En la Ley de Apropriaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo. Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones.*”

conforme a la ley anterior"; de donde debe entenderse que, la disposición constitucional establece que para incluirse una partida en la Ley de Apropiaaciones debe tratarse de un crédito judicialmente reconocido o de un gasto decretado conforme a una ley anterior, entre otros. En el caso de las condenas derivadas de la responsabilidad del Estado la regla, hasta nuestros días, ha sido que se encuentren contenidas en una sentencia judicial o una conciliación aprobada por el juez competente¹¹⁸; es decir, las condenas derivadas de la responsabilidad del Estado se han desarrollado en el primero de los eventos que estableció la norma constitucional, tradicionalmente.

Sin embargo, la propuesta que acá se plantea implica el reconocimiento de un crédito mediante una decisión administrativa – acto administrativo – pero siempre que se cuente con la herramienta jurídica explicada – la ley que otorgue competencia a la Administración – y, en este sentido, se trataría de un “*gasto decretado conforme a la ley anterior*” – la ley que le otorga competencia a la Administración para resolver las controversias derivadas de la responsabilidad del Estado –, lo que significa que, para efectos del reconocimiento y pago de esta obligación estaríamos ante el segundo evento reconocido por la norma constitucional.

¹¹⁸ En este sentido el artículo 29 de la Ley 344 de 1996, establece: “*El Ministerio de Hacienda podrá reconocer como deuda pública las sentencias y conciliaciones judiciales. Cuando las reconozca, las podrá sustituir y atender, si cuenta con la aceptación del beneficiario, mediante la emisión de bonos en las condiciones de mercado que el gobierno establezca y en los términos del Estatuto Orgánico del presupuesto [...]*”

Lo anterior, de la misma forma como ocurre en temas pensionales, en donde, la Ley 1151 de 2007 – “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010” – creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP – y le otorgó competencia para el reconocimiento de derechos pensionales¹¹⁹, es decir, de créditos en favor del beneficiario de la pensión que cumpla con los requisitos correspondientes. Asimismo, en materia de transacción en contratos estatales es posible el reconocimiento, en ejercicio de función administrativa, del pago de créditos a favor del particular, pues como lo ha definido el Consejo de Estado, en el contrato de transacción:

“[L]as partes dan por terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual [...] es evidente que dicho acuerdo consensual debe estar fundado en concesiones recíprocas de las partes inmersas en el conflicto [...] consideración que resulta apenas razonable si se tiene en cuenta que las obligaciones adquiridas en el contrato de transacción surgen de un acuerdo libre y voluntario entre las partes con el fin de dar por terminada una controversia [...]”¹²⁰

¹¹⁹ Artículo 156: “Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo: i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales [...]”

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 8 de mayo de 2015, expediente 26137.

De esta manera, superado el análisis de la posibilidad a la luz de la Constitución de 1991 y, establecido el requisito elemental de procedencia de una reparación administrativa de perjuicios derivados de la responsabilidad, se propone una invitación al legislador para que desarrolle, casi 30 años después, uno de los mecanismos que pueden componer el *sistema de responsabilidad pública* que fue concebido por la Asamblea Constituyente en 1991, esto es, la reparación administrativa de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado. Y la invitación es al legislador directamente, puesto que, como se explicó, la administración debe tener competencia para resolver las controversias relativas a la responsabilidad del Estado y reparar los perjuicios como consecuencia de la misma, con fundamento en el principio de legalidad, entendido no solamente como la sujeción a la ley en sentido formal, sino al *principio de juridicidad o bloque de legalidad*.

De los argumentos expuestos hasta este punto, consistentes en la ausencia de una exigencia constitucional en relación con la necesidad del juez de lo contencioso administrativo para declarar la responsabilidad del Estado y su consecuente reparación de perjuicios, y que, por el contrario, el constituyente primario concibió un *sistema de responsabilidad pública*, que no puede agotarse en una acción judicial y; de la relevancia del principio de legalidad como pilar del Derecho administrativo, que conlleva la evidente necesidad de una herramienta que le otorgue competencia a la Administración, como lo es una ley que así lo disponga, resulta necesario realizar un análisis sobre el régimen jurídico al que estaría sujeta la Administración

Pública en el evento en que se dieran los presupuestos y requisitos expuestos; lo cual se analizará en la tercera parte de este primer capítulo.

C. LA POSIBILIDAD DE DEFINIR LA CONTROVERSIA NO SE AGOTA EN EL ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD: IMPLICA LA TASACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO

Una vez establecida la posibilidad de la reparación administrativa de perjuicios y el presupuesto necesario para la competencia, surge la duda de cómo debe definir la administración la controversia relativa a la responsabilidad del Estado. Sin duda alguna se trata de una decisión discrecional en el marco de un procedimiento administrativo especial, cuyo régimen jurídico es que se pretende analizar en este punto.

En primer lugar, es necesario destacar que la ley 1437 de 2011 introdujo cambios importantes, entre los cuales se destaca, en este punto, el deber de las autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia. Así lo establece el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentaria de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

De esta norma se desprende la obligación en cabeza de las autoridades administrativas de aplicar las normas de manera uniforme, de conformidad con el principio de igualdad y; el deber, en cabeza de las mismas autoridades, de tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado al proferir actos administrativos¹²¹.

Al respecto, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del artículo 114 de la ley 1395 de 2010, referida la aplicación del precedente en casos de reconocimiento, por parte de autoridades administrativas, de pensiones, prestaciones sociales y salariales, o *“comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daño a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros”*¹²², consideró que:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial

¹²¹ Al respecto, puede verse: Andrés Fernando Ospina Garzón, “Capítulo II. Derechos, deberes, prohibiciones, impedimentos y recusaciones. Comentarios al capítulo”, en *“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado”*, 2ª Edición, José Luis Benavides (editor), Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 86.

¹²² Ley 1395 de 2010, artículo 114: *“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.”*

dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.”¹²³

Y, más adelante, precisó las reglas jurisprudenciales aplicables, de las cuales se destacan:

(i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes; (ii) el entendimiento del imperio de la ley, [...] debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales; [...] (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos; [...] (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces; (vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011; en el mismo sentido, puede verse: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2069 de 16 de febrero de 2012.

*interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes; (viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia [...]*¹²⁴

De lo anterior es claro que, para la corte Constitucional, el deber de las autoridades administrativas no se agota en la obligación de *tener en cuenta*, sino que implica que deben aplicar el precedente judicial de las altas cortes, obligación que tiene una especial relevancia en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez que son pocas las normas, en sentido estricto, que se ocupan del tema. La cláusula general de responsabilidad – artículo 90 constitucional – ha sido desarrollada¹²⁵, de cara a la responsabilidad de la Administración Pública, por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹²⁶, principalmente.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011

¹²⁵ Al respecto, Pedro A. Zapata García, “Fundamentos y límites de la responsabilidad ...” loc cit., p. 147: “El ordenamiento jurídico colombiano no conoció un principio general que disciplinara la responsabilidad civil del Estado sino en una época reciente. Fue en el año de 1991 cuando Colombia erigió un dispositivo normativo de rango constitucional que desde entonces ha fundamentado sólidamente la responsabilidad del Estado; sin embargo, ello no impidió que antes de esa fecha existiera ya en nuestro derecho una amplia configuración de la responsabilidad administrativa producto de una densa construcción jurisprudencial ...”

¹²⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “Tratado de Derecho administrativo ...” Tomo V, loc cit., p. 28: “... cuando emergió la jurisprudencia del Consejo de Estado (comienzos de los años sesenta del siglo XX), se procuró construir un régimen de responsabilidad autónomo que estuviera fundamentado en principios, criterios y reglas de derecho público [...]. En cierta medida la

Así, teniendo en cuenta el escenario en el cual se ha desarrollado la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, a partir de su estudio y evolución en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, principalmente, resultaría necesaria una modificación del artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de establecer una sub-regla según la cual, cuando de resolver controversias relativas a la responsabilidad del Estado se trate, el deber de la autoridad administrativa no se agota en tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia, sino que implica el acatamiento de las mismas, en la medida en que es la jurisprudencia el escenario en el cual se ha desarrollado y decantado lo relativo a la responsabilidad del Estado.

Se trata de una modificación legislativa en el sentido en que lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2011, respecto del derogado artículo artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, cuando consideró que *“las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes (sic) de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.”*¹²⁷.

construcción pretoriana que tuvo la responsabilidad del Estado antes de la Carta Política de 1991, especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, vino a tener su consagración constitucional en el artículo 90 [..]”

¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011; en el mismo sentido, puede verse: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2069 de 16 de febrero de 2012.

De esta manera, la resolución de la controversia relativa a la responsabilidad del Estado en sede administrativa tendrá que fundamentarse en las construcciones jurisprudenciales vigentes en ese momento, esto es, la verificación de los elementos propios del juicio de responsabilidad del Estado y, la tasación y liquidación de los perjuicios. Este régimen implica una garantía fundamental para las víctimas, en la medida en que garantiza la seguridad jurídica, pues de cara a un procedimiento eficaz, la probabilidad de un cambio de jurisprudencia se reduce de manera importante, situación que no ocurre con los procesos judiciales ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde, el alea derivado de la posibilidad de un cambio jurisprudencial es, cada día que pasa, más riesgoso para las partes.

Sobre la tasación y liquidación de los perjuicios, es necesario poner de presente que, si bien en los eventos de reparación administrativa tradicionalmente reconocidos en Colombia se establecen unos montos fijos por parte del legislador, como por ejemplo en el evento de reparación a las víctimas del conflicto armado¹²⁸, ello obedece a la fuente misma de esa obligación de reparar que, como se explicó, es la solidaridad, motivo por el cual ello resulta viable.

¹²⁸ Así en el decreto 4800 de 2011, “por el cual se reglamenta la ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones”, artículo 149, se establece: “MONTOS. Independientemente de la estimación del monto para cada caso particular de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas podrá reconocer por indemnización administrativa los siguientes montos: 1. Por homicidio, desaparición forzada y secuestro, hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales. 2. Por lesiones que produzcan incapacidad permanente, hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales. 3. Por lesiones que no causen incapacidad permanente, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales. 4. Por tortura o tratos inhumanos y degradantes, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales. 5. Por delitos contra la libertad e integridad sexual, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales. 6. Por reclutamiento forzado de menores, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales. 7. Por desplazamiento forzado, hasta diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales. Los montos de indemnización administrativa previstos en este artículo se reconocerán en salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento del pago [...]”

Sin embargo, en esta propuesta de reparación administrativa de perjuicios la fuente es la responsabilidad del Estado y, en esa medida, la tasación y liquidación de los perjuicios debe seguir la sub-regla del artículo 10 del CPACA que se propone y su reconocimiento dependerá de cada caso concreto, pues debe llevarse a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la producción del daño, en otras palabras, *“es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño”*¹²⁹. Razón por la cual, no resulta aceptable entender que la administración paga, pero no tasa el perjuicio o que éste se encuentre previamente establecido; por lo que, la autoridad administrativa tendrá en su cabeza el deber de identificar los perjuicios causados – tanto materiales como inmateriales – en cada caso concreto y liquidarlos de conformidad con las reglas establecidas por la jurisprudencia para ello¹³⁰.

En el escenario desarrollado hasta el momento, resulta pertinente analizar algunos eventos en el ordenamiento jurídico colombiano, en los cuales, de manera encubierta, la administración repara perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, en ejercicio de función administrativa.

¹²⁹ Juan Carlos Henao, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado ...” loc cit., p. 42.

¹³⁰ Sobre el tema puede verse: María Juliana Santaella Cuberos, *“La liquidación de perjuicios en la responsabilidad extracontractual del Estado”*, loc cit.

II. UNA REALIDAD IGNORADA: EVENTOS DE REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS EN COLOMBIA

Lo expuesto hasta ahora no es del todo novedoso en el ordenamiento jurídico colombiano. Es por eso que, además de plantear una posibilidad jurídicamente posible, como se hizo en la primera parte, resulta necesario analizar algunos eventos en los que, a pesar de no ser identificados en nuestro ordenamiento jurídico como casos de reparación administrativa como resultado de la condena en responsabilidad del Estado, sí lo son ciertamente.

Un antecedente importante en el derecho nacional es el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 – *“por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”* – el cual establecía:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y

pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.” (se destaca)

La anterior disposición reafirmó la posibilidad de resolver controversias en el escenario de la función administrativa y estableció cómo hacerlo en los asuntos relacionados con la responsabilidad y, su consecuencia lógica, la reparación de los perjuicios, en los eventos de encontrarse “*comprometidas en daños*” por las causas y en los eventos determinados en la norma; los cuales debían ser resueltos teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales, por los mismos hechos y pretensiones. Infortunadamente, esta norma proferida en 2010 fue prontamente derogada por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011 – “*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

A pesar de lo anterior, existen hoy en día eventos que se erigen como una verdadera reparación administrativa de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, por lo cual, se analizará una muestra de ellos, con el fin de demostrar que el objeto de esta investigación se encuentra tan vigente como camuflado o ignorado en el ordenamiento jurídico colombiano.

A. EL MECANISMO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: UN ESCENARIO AMPLIO, QUE PERMITE LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 – *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* – se consagró una figura novedosa en el Derecho administrativo colombiano: el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, en ejercicio de función administrativa. Se trató un mecanismo de resolución alternativa de conflictos y una apuesta del legislador por una Administración eficiente y respetuosa de los derechos de los ciudadanos¹³¹.

El mecanismo tiene una naturaleza mixta¹³², esto quiere decir que cuenta con dos fases: la primera, una fase administrativa consistente en un trámite expedito y al alcance de los ciudadanos en la cual, quien tenga una pretensión contra la Administración se la presenta directamente¹³³, mediante el ejercicio del derecho de petición, solicitando la extensión de los efectos de una sentencia de unificación de jurisprudencia. La segunda fase, se da ante la Jurisdicción de lo Contencioso

¹³¹ Héctor Santaella Quintero, “Comentarios del Título V. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en *“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado”*, 2ª edición, José Luis Benavides (editor), Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 285 – 302.

¹³² Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, “*El mecanismo de extensión de jurisprudencia: análisis de su naturaleza, trámite y aplicación*”, documentos especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, junio de 2017, en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_final_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf consultado el 8 de agosto de 2020.

¹³³ Héctor Santaella Quintero, “Comentarios del Título V. Extensión de la jurisprudencia ...” *loc cit.*, p. 285.

Administrativo y es eventual en la medida en que dependerá de la respuesta de la administración¹³⁴, etapa consagrada en el artículo 269 de la misma ley. Para efectos de esta investigación, se delimitará el análisis a la fase administrativa, de conformidad con el objeto de estudio.

En esa medida, resulta pertinente destacar el objeto del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, en relación con lo cual, el artículo 102 de la ley 1437 de 2011, establece:

“Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. [...]

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente. [...]”

¹³⁴ *Ibídem.*

Así, cuando la norma establece el deber de extender los efectos de una sentencia de unificación de jurisprudencia¹³⁵ en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten que se trata de casos análogos, se refiere, sin duda alguna, a todos aquellos efectos que se puedan derivar de las mismas; esto quiere decir que debe extenderse los efectos de las sentencias de unificación de jurisprudencia relativas a la responsabilidad del Estado, en las que se haya reconocido un derecho – ¿Y cuál más que el derecho a la reparación? – en virtud de este mecanismo.

De esta manera lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la medida en que, al analizar las solicitudes de extensión de jurisprudencia que avanzan hasta la fase judicial, ha considerado:

“A través del referido mecanismo se busca que las personas puedan acceder de manera directa, pronta y eficaz ante la Administración Pública para que sea ésta la que, en armonía con las decisiones judiciales que se han tomado en casos idénticos, pueda resolver, en igual forma, los que se presenten ante ella, lo cual, a la postre, redundará en menor litigiosidad y menor congestión judicial.

¹³⁵ Tanto de Consejo de Estado, como lo establece la norma, como de la Corte Constitucional de conformidad con la sentencia C-816 de 2011, mediante la cual la misma Corte declaró la exequibilidad condicionada bajo el entendido que las autoridades deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional.

Se reitera, el ejercicio de este mecanismo pretende evitar la litigiosidad y busca que sea la propia administración la que conozca inicial y directamente el proceso guiada por jurisprudencia unificada que se haya proferido en casos similares.

Así pues, la extensión de jurisprudencia permite a las autoridades públicas tener certeza en las decisiones que adoptan al resolver las reclamaciones de las que deben ocuparse; evita que el ciudadano se vea obligado a acudir a un proceso judicial, con todo lo que ello implica, para que se resuelvan sus pretensiones en relación con casos iguales que ya han sido decididos a través de sentencias de unificación y reduce los niveles de congestión en la Administración de Justicia, bondades del mecanismo que redundan en un sistema jurídico más armónico y coherente que permite la realización de principios y garantías como la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la celeridad y la economía procesal¹³⁶.

Y en relación con los requisitos para la extensión de los efectos de una sentencia de unificación de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, es decir, en la etapa eventual ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relativa a la responsabilidad del Estado y la consecuente reparación de perjuicios, la misma

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 28 de agosto de 2014, expediente 51628; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 24 de enero de 2019, expediente 56438; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de junio de 2018, expediente 53292; entre otros.

corporación¹³⁷ ha establecido los siguientes: a) que el interesado haya presentado previamente la solicitud de extensión de jurisprudencia ante la autoridad competente; b) que se haya presentado la solicitud mediante un escrito razonado; c) que se presente dentro del término establecido por la ley¹³⁸; d) finalmente, que la sentencia de cuyos efectos se pretenda la extensión sea una sentencia de unificación.

Al respecto, resulta relevante realizar unas precisiones en lo que tiene que ver con el primer requisito, esto es, que el interesado haya presentado previamente la solicitud de extensión de jurisprudencia ante la autoridad competente, toda vez que, el mismo debe estudiarse de manera sistemática con el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, el cual establece:

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en

¹³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 4 de septiembre de 2017, expediente 51295; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 24 de enero de 2019, expediente 56438.

¹³⁸ Al respecto, es necesario identificar dos términos legales: el primero, relacionado con el procedimiento propio de la extensión de jurisprudencia, pues el artículo 102 del CPACA establece que el peticionario tendrá 30 días para acudir ante el Consejo de Estado y; el segundo, relacionado con la caducidad de la acción de reparación directa, pues la solicitud de extensión debe presentarse dentro de los 2 años establecidos en el artículo 164 de la ley 1437 de 2011 para la acción de reparación directa, en este sentido puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 45635.

cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

En una reciente decisión la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado negó la petición de extensión de jurisprudencia, con fundamento en una interpretación sistemática de los artículos 10 y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al considerar que:

“[E]l artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³⁹, establece, en cabeza de las autoridades administrativas, la obligación de adoptar, al resolver los asuntos de su competencia, la decisión teniendo en cuenta las sentencias de unificación de esta Corporación.

Una interpretación sistemática de las normas mencionadas, de conformidad con la ubicación de estas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en especial, a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de esta Ley, en los cuales, hacer referencia a la “finalidad de la parte primera” y su “ámbito de aplicación”, implica, de

¹³⁹ *“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”*

manera clara, que las competencias de las autoridades - Administración y quienes ejercen función administrativa – consagradas en la primera parte del Código en mención y, a que se refieren los artículos 10 y 102, no implican el reconocimiento de daños causados por hechos u omisiones, motivo por el cual, estos últimos se excluyen del ámbito de las competencias de la autoridad administrativa, para efectos de la procedencia del mecanismo de extensión de la jurisprudencia.”¹⁴⁰

La anterior interpretación jurisprudencial, no puede compartirse, toda vez que desconoce tres aspectos fundamentales del mecanismo de extensión de la jurisprudencia: a) la competencia de la administración para extender los efectos en los casos en los que se cumplan con los requisitos exigidos, se encuentra dada en el mismo artículo 102 de la ley 1437 de 2011, en el cual estableció la obligación en cabeza de las autoridades administrativas de extender los efectos en los casos en los que se cumpla con los requisitos establecidos, efectos que en los eventos de responsabilidad no puede ser otro que la reparación de los perjuicios; b) la norma en cuestión no estableció restricciones ni limitaciones expresas¹⁴¹, razón por la cual

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, Sentencia de 5 de marzo de 2020, expediente 63929.

¹⁴¹ Código Civil, artículo 31: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.”

no puede la jurisprudencia imponerlas¹⁴² y; c) la visión sistemática que inspiró la reforma legal y la finalidad misma de la figura¹⁴³.

Sobre este último aspecto, debe destacarse que la finalidad de la reforma lograda con la ley 1437 de 2011 fue la descongestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁴⁴. Así, el mecanismo de extensión de jurisprudencia busca resolver de manera ágil y eficiente casos cuyo problema jurídico ya fue objeto de una sentencia de unificación de jurisprudencia, frente a quienes lo soliciten y acrediten que se trata de casos análogos¹⁴⁵.

¹⁴² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2166 de 24 de julio de 2013: *“las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el interprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador. [...] En consecuencia, la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas prohibitivas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de un derecho o de competencias señaladas en la ley, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador.”*

¹⁴³ Sobre la finalidad del procedimiento administrativo de extensión de jurisprudencia, Héctor Santaella Quintero, “Comentarios del Título V. Extensión de la jurisprudencia ...” loc cit. P. 290: *“[E]ste procedimiento tiene por objetivos fundamentales: 1) facilitar el reconocimiento de derechos por la misma Administración; para de esta manera, 2) evitar la presentación de demandas originadas en situaciones respecto de las cuales la situación jurisprudencial hace injustificado forzar al ciudadano a iniciar las acciones judiciales procedentes...”*

¹⁴⁴ Héctor Santaella Quintero, “Comentarios del Título V. Extensión de la jurisprudencia ...” loc cit, p. 287, nota al pie 1: *“uno de los objetivos centrales de la reforma fue implementar mecanismos efectivos para combatir la congestión judicial que aqueja al contencioso [...] el fortalecimiento del procedimiento administrativo viene a constituir una de las principales cartas contra la congestión de los despachos de la jurisdicción contenciosa administrativa: un procedimiento administrativo estructurado en torno a la finalidad de hacer efectivos los derechos de las personas e imprimir una mayor legitimidad (procesal) a las decisiones de la administración [...]”* (se destaca).

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, “Las Sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia”, 2014, p. 37: *“medida tendiente a atacar la alta congestión de la jurisdicción representada en el alto volumen de procesos similares o en masa que se promueven [...]*”

Adicionalmente, resulta necesario precisar que las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 hacen referencia a competencias diferentes, el primero referido a la resolución de asuntos ordinarios de la Administración, mientras que el segundo, relativo a una competencia específica de extender los efectos de determinadas decisiones judiciales. En este sentido se destacan las consideraciones hechas en una aclaración de voto a la sentencia SU-611 de 2017 de la Corte Constitucional, en la que se lee:

“[C]onviene mencionar que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 se refiere al quehacer diario de las autoridades administrativas al momento de decidir sus asuntos ordinarios, mientras que el artículo 102 de esa misma ley tiene que ver con el diseño de un mecanismo creado con el propósito de resolver un problema jurídico en sede administrativa frente al cual hay certeza en la jurisprudencia, sin necesidad de un proceso judicial. Se trata entonces, de normas con objeto diferente que únicamente tienen en común que en su contenido normativo se refieren a las sentencias de unificación del Consejo de Estado.”¹⁴⁶

Por los argumentos anteriores no es posible compartir la decisión de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la interpretación sistemática de los artículos 10 y 102, sin embargo, incluso en el evento en que se aceptara esta interpretación, lo cierto es que la voluntad de quienes participaron en

¹⁴⁶ Aclaración de voto de de los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo a la Sentencia SU-611 de 2017.

la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo era otra, pues en relación con el artículo 10, que sirvió de fundamento a la Subsección B para acoger esa interpretación, se destaca la intervención del Consejero de Estado Enrique José Arboleda Perdomo:

“Doctor Arboleda: Debemos procurar que llegue el menor número de procesos a la jurisdicción, no porque estemos tratando de quitarnos trabajo, sino simplemente porque la jurisdicción no existe para suplir al Estado [...] Si la administración actúa mal, el juez debe entrar a juzgarla o a controlarla, pero en principio debemos darle a la administración la oportunidad de que actúe correctamente, por ejemplo en materia de pensiones de jubilación, de medicamentos [...] eso mismo puede suceder en relación con la reparación directa. Si ya se sabe que hay una jurisprudencia decantada sobre responsabilidad por armas de fuego, o sobre actividades peligrosas, sería mejor darle la oportunidad a la administración de que diga: “Es cierto, en este caso nos equivocamos o en este caso realmente hay responsabilidad” y de que en consecuencia reconozca y pague la indemnización debida”¹⁴⁷ (Se destaca)

Con fundamento en los argumentos expuestos, se concluye que el mecanismo de extensión de la jurisprudencia es un verdadero evento de reparación administrativa

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, “Memorias 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 Reforma, Parte A: artículos 1° a 142”, p. 83.

de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, en la medida en que la competencia dada por el artículo 102 del CPACA implica la extensión de los efectos de una sentencia de unificación y, que el principal efecto de una sentencia de unificación relativa a la responsabilidad del Estado es la reparación de los perjuicios. Así se desprende de una interpretación sistemática y teleológica del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, asimismo lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Sin embargo, el alcance y objeto de este novedoso mecanismo no se agota allí, pues el artículo 102 de la ley 1437 de 2011 no limita de manera alguna los eventos en los cuales deba extenderse los efectos. Por el contrario, es una norma amplia que permite que, allí en donde exista una sentencia de unificación en la que se ha reconocido un derecho, deberán extenderse los efectos por parte de la autoridad administrativa, siempre que quienes lo soliciten acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la decisión.

B. INCUMPLIMIENTO Y HECHO DEL PRÍNCIPE EN EL CONTRATO ESTATAL: EVENTOS DE REPARACIÓN ADMINISTRATIVA BAJO EL ROPAJE DE LA OBLIGACIÓN DE RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Esta figura, que hace parte de los actuales eventos de reparación administrativa de perjuicios en Colombia, tiene fundamento en la ley 80 de 1993 – *“Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”* – que, como se mencionó anteriormente, creó un mecanismo de resolución de controversias y litigios por parte de la administración contratante, en los artículos 3¹⁴⁸, 4.9¹⁴⁹ y 25.5¹⁵⁰ del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya finalidad es, en palabras del profesor Benavides *“hacer efectivos los derechos del contratista a ser indemnizado a través de mecanismos jurídicos flexibles y eficaces”*¹⁵¹, como parte de un verdadero *“sistema de responsabilidad pública”*.

¹⁴⁸ *“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”* (se destaca)

¹⁴⁹ *“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”* (se destaca)

¹⁵⁰ *“DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: [...] 5. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.”*

¹⁵¹ José Luis Benavides, *“El contrato estatal ...”* loc cit., p. 240.

Y la reparación en sede administrativa derivada de la responsabilidad en el marco de la ejecución de un contrato estatal hace parte del sistema general de responsabilidad pública con fundamento en el artículo 90 toda vez que éste no discrimina entre responsabilidad contractual o extracontractual, razón de sobra para entender que éste es también el fundamento de la responsabilidad derivada del ejercicio contractual del Estado¹⁵². Así, lo entendió la Corte Constitucional desde 1996, en la sentencia C-333 de ese año, en la que consideró:

“[...] el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.”

¹⁵² En el mismo sentido: Aida Patricia Hernández Silva “La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?” en *Revista de Derecho Privado* No. 14, Universidad Externado de Colombia, 2008, en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554/524> revisado el 29 de agosto del 2017 y; María Juliana Santaella Cuberos, “El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad pre contractual y contractual del Estado”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n° 19, 2018, pp. 291 - 315 doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.12>

Ahora, dentro de los eventos de responsabilidad del Estado en el marco de la ejecución de un contrato estatal es necesario delimitar cuáles suponen una verdadera reparación administrativa de perjuicios con fundamento en la responsabilidad del Estado, en la medida en que impliquen un daño causado por la actuación u omisión de la Administración y que por esta circunstancia, de acuerdo con las normas de contratación estatal, surja en cabeza de la Administración el deber de reparar, es decir, de llevar al contratista al punto en el que se encontraba antes de la producción del daño; los eventos en los que se verifican estas circunstancias son el incumplimiento contractual y el hecho del príncipe. De lo anterior se deduce que de esta conclusión se excluyen la teoría de la imprevisión y el *ius variandi*, como se procede a explicar.

La primera figura, esto es, la teoría de la imprevisión no puede ser considerado un verdadero evento de reparación de perjuicios, toda vez que, en esta la administración “ayuda”¹⁵³ al contratista y lo lleva al “punto de no pérdida”¹⁵⁴, lo cual no puede entenderse como reparación en la medida en que lo que se reconoce no obedece a la real entidad del daño o, en otras palabras, no regresa a la víctima al estado anterior; así no cumple con el segundo de los requisitos, esto es, la obligación en cabeza de la Administración de reparar el daño, pues se trata de una compensación o ayuda. En relación con la segunda figura, el *ius variandi*, resulta

¹⁵³ José Luis Benavides, “El contrato estatal ...” loc cit., p. 443.

¹⁵⁴ “[L]a característica más importante de la indemnización es que no compensa integralmente los daños soportados por el contratista. Es la diferencia fundamental entre la teoría de la imprevisión y las otras [...] La razón de esta solución es la naturaleza particular de la ayuda de la administración [...]”, ibidem; en el mismo sentido: Pedro A. Zapata, “Fundamentos y Límites ...” loc cit., pp. 384 – 385.

claro que la responsabilidad no es la institución llamada a operar en esta circunstancia, toda vez que el cambio o modificación se encuentra ligado al reconocimiento de la mayor contraprestación, como lo explica el profesor Zapata García:

“Nos preguntamos si puede hablarse de daño, en estricto sentido, cuando de la mano de la modificación del contrato va atada la mayor contraprestación económica que genera el cambio en las contraprestaciones contractuales. No parece existir un daño, en el sentido de aminoración patrimonial, cuando el acto mismo que modifica el contrato reconoce de inmediato que a las mayores cargas contractuales corresponde un mayor reconocimiento patrimonial”¹⁵⁵

Así, en los eventos de *ius variandi* no puede hablarse de responsabilidad en la medida en que ni siquiera se encuentra el primer elemento – daño – toda vez que, en el acto mismo que modifica el contrato se reconoce al contratista un mayor reconocimiento patrimonial y, en esa medida no habría lesión al derecho patrimonial del contratista. Sin embargo, es pertinente aclarar que, si esa mayor contraprestación económica no se cumple, sí podría tratarse de un evento de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad, pero derivado del incumplimiento de ese deber y no del *ius variandi* propiamente dicho.

¹⁵⁵ Pedro A. Zapata, “Fundamentos y Límites ...” loc cit., p. 402.

Así, las consideraciones sobre la reparación administrativa de perjuicios derivados de la responsabilidad quedan delimitadas a los eventos de incumplimiento y hecho de príncipe. En relación con el primero, *“el incumplimiento contractual [...] tiene como origen el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal causa un daño antijurídico la parte contraria que no está en la obligación de soportar”*¹⁵⁶, el cual debe ser reparado en su totalidad, en sede administrativa, en virtud del mecanismo de resolución de conflictos explicado.

En lo que tiene que ver con el hecho de príncipe, la jurisprudencia ha entendido se que se configura cuando *“una medida estatal de carácter general de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado tuviera incidencia en la ecuación del contrato ...”*¹⁵⁷, cuya consecuencia fundamental es *“la indemnización integral al contratista”*¹⁵⁸, en sede administrativa; configurando así los elementos¹⁵⁹

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2013, expediente 20524, citado en: Pedro A. Zapata, *“Fundamentos y límites ...”* loc cit., p. 384.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010, expediente 15400, aclaración de voto de la consejera Ruth Stella Correa, citado en: Pedro A. Zapata, *“Fundamentos y Límites ...”* loc cit., p. 410.

¹⁵⁸ José Luis Benavides, *“El contrato estatal ...”* loc cit., p. 438.

¹⁵⁹ Sobre el daño en este evento, se destaca que se trata de la *“incidencia en la ejecución del contrato”*, en el este sentido, puede verse: María Juliana Santaella Cuberos, , *“El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad pre contractual y contractual del Estado”*, loc cit., p. 302 – 303: *“la conducta de la Administración que genera el daño [...] puede derivar en la generación de la lesión al derecho a ejecutar el objeto contractual en las condiciones inicialmente pactadas en el contrato; evento en el cual, se agregan conductas como la de no restablecer el equilibrio financiero del contrato que [...] incluye la teoría de la imprevisión, ius variandi y el hecho del príncipe [...] de donde se colige que, con independencia del actuar del Estado, lo que está en juego es la violación al derecho a ejecutar el contrato o a llevar a cabo la etapa contractual en las condiciones en las que se celebró el contrato entre el particular y la Administración.”*

para que pueda hablarse de reparación administrativa por la responsabilidad del Estado.

De los argumentos expuestos es posible identificar dos eventos de reparación administrativa, en el marco de la ejecución de un contrato estatal, en virtud del mecanismo de resolución de controversias que se creó con la promulgación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

C. PROCEDIMIENTO DE ATENCIÓN DE QUEJAS POR ASPERSIÓN: UNA ESTROPEADA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El final del siglo XX estuvo marcado por el conflicto armado interno en Colombia, asimismo, el cultivo, la fabricación, distribución y comercialización de estupefacientes, el narcotráfico se convirtió en uno de los mayores problemas del país¹⁶⁰. En ese contexto se dictó la ley 30 de 1986 – *“por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se adoptan otras disposiciones”* – y, con fundamento en los literales a), b), c) y g) del artículo 91 y el artículo 92 de la misma, el Consejo Nacional de Estupefacientes profirió la Resolución 00017 de 4 de octubre de 2001 – *“por la cual se adopta un procedimiento para la atención de quejas derivadas de los presuntos daños causados por la aspersión aérea con el herbicida glifosato dentro del marco Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos”* -, cuyo objeto era:

“El objeto de la presente resolución es adoptar un procedimiento expedito para la debida atención de las quejas presentadas por las personas presuntamente afectadas por el Programa de Aspersión Aérea de Cultivos Ilícitos con el herbicida glifosato, con el fin de garantizar la protección de sus derechos fundamentales, según los términos de la Constitución Política de Colombia”

¹⁶⁰ Javier Ocampo López, *“Historia básica de Colombia”*, Plaza y Janés Editores, 9ª edición, 2017, p. 329.

A pesar de la aparente pertinencia de este procedimiento administrativo para efectos de esta investigación, resulta necesario analizar el fundamento legal del mismo. Si bien la resolución se basa en los literales a), b), c) y g) del artículo 91¹⁶¹ y el artículo 92¹⁶² de la Ley 30 de 1986, de la lectura de estas normas no se evidencia una competencia para reparar perjuicios. Con este argumento se atacó la legalidad de esta resolución mediante la acción de nulidad simple, la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁶³ resolvió anular el acto administrativo con fundamento en que lo establecido en el acto administrativo de carácter general no corresponde al desarrollo de las competencias asignadas en la ley a la entidad que lo expidió.

Adicionalmente, con fundamento en las mismas normas de la Ley 30 de 1986, el Consejo Nacional de Estupefacientes expidió la resolución 0008 de 2 de marzo de 2007, la cual fue modificada mediante la resolución 001 de 2012 del mismo organismo. En la primera de ellas establece:

¹⁶¹ “Artículo 91.- Son funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes: a) Formular para su adopción por el Gobierno Nacional las políticas y los planes y programas que las entidades públicas y privadas deben adelantar para la lucha contra la producción, comercio y uso de drogas que producen dependencia. Igualmente el Consejo propondrá medidas para el control del uso ilícito de tales drogas; b) Conforme al ordinal anterior, señalar a los distintos organismos oficiales las campañas y acciones específicas que cada uno de ellos deba adelantar; c) Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones y proponer al Gobierno la expedición de las que fueren de competencia de éste; (...) g) Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país.”

¹⁶² “Artículo 92. Las resoluciones que dicte el Consejo para el ejercicio de las funciones señaladas en el artículo anterior son de obligatorio cumplimiento”.

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de julio de 2013, expediente 11001-03-24-000-2003-00129-01.

“ARTÍCULO 1º. Objeto. El objeto de la presente resolución es ajustar el procedimiento bajo los principios constitucionales que amparan las actuaciones administrativas, a través del cual se atenderán las reclamaciones de carácter económico presentadas por las personas naturales o jurídicas, en razón a la presunta afectación de sus actividades agropecuarias lícitas, generadas en el marco del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con el herbicida glifosato – PECIG” (se destaca)

Si bien estas últimas resoluciones deberían ser declaradas nulas, toda vez que, se fundamentan en las mismas normas en las que se basó la resolución 0017 de 2001, es decir, por falta de competencia, lo cierto es que el fundamento de las mismas no es la resolución anulada, sino las normas de rango legal y, ante la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos¹⁶⁴, deben entenderse ajustadas al ordenamiento jurídico hasta que no sean objeto de una demanda de nulidad; máxime cuando éstas fueron proferidas antes de la declaratoria de nulidad por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado, lo que permite deducir que no se trata de una simple reproducción del acto anulado.

¹⁶⁴ Ley 1437 de 2011, artículo 88: *“PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”*

Así, a pesar de la evidente ausencia de disposición que le otorgue competencia expresa a la Administración para reparar los perjuicios causados por la aspersion con glifosato, en la actualidad, este procedimiento se lleva a cabo¹⁶⁵ con fundamento en la resolución 008 de 2007 y las demás que la modifican. De esta forma se ha entendido, no solo por la Administración, sino también por la Corte Constitucional, que en sentencia T-236 de 2017, al referirse al procedimiento de atención de quejas por aspersion, hizo referencia a su realización con fundamento en la resolución 008 de 2007 y consideró que su objeto debía ampliarse. En ese sentido se lee:

“Los procedimientos de queja regulados por la Resolución 8 de 2007 del Consejo Nacional de Estupefacientes se aplican exclusivamente a las “reclamaciones de carácter económico presentadas [...] en razón a la presunta afectación de [...] actividades agropecuarias lícitas”. La Corte considera que procedimientos de este tipo deben cubrir todos los efectos de la erradicación, no solamente los que recaen sobre las actividades agropecuarias lícitas. Por lo tanto, en el marco del programa de erradicación deben establecerse procedimientos de queja comprensivos, que permitan a los pobladores de las zonas afectadas por cultivos ilícitos remitir quejas, no solamente por daños a cultivos lícitos, sino por todo tipo de afectaciones,

¹⁶⁵ Ver: Policía Nacional Dirección Antinarcóticos, “Procedimiento de atención de quejas por aspersion”, Observatorio de Drogas de Colombia, en: <http://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/pecig/PECIGatencionQuejas.pdf>

entre las cuales pueden estar las afectaciones a las viviendas, a los cuerpos de agua, a la vegetación natural, a los suelos y a la salud.”¹⁶⁶

Esto resalta la importancia de la existencia de la herramienta de reparación planteada en la primera parte de este documento y, en la necesidad práctica de establecer un mecanismo de reparación de perjuicios en ejercicio de función administrativa, como el que se propone.

Así, se trata de un procedimiento administrativo especial al cual se pueden acoger las personas naturales o jurídicas que consideren que sus actividades lícitas han sido afectadas por las operaciones de aspersión que desarrolla la Policía Nacional y, procede una indemnización económica siempre que se demuestre que el daño es consecuencia de la misma¹⁶⁷.

En relación con la decisión de otorgar o no la reparación, esto es, el acto administrativo que resuelve la petición referida a la reparación administrativa de los perjuicios derivados de la actuación del Estado, consiste en la aspersión con glifosato, la resolución 0008 de 2007, establece:

“ARTICULO DECIMO SEXTO. DECISION. Una vez vencido el término de pruebas señalado en el artículo duodécimo y practicada la totalidad de las

¹⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017

¹⁶⁷ Al respecto puede verse: Policía Nacional Dirección Antinarcóticos, *“Procedimiento de atención de quejas por aspersión”*, Observatorio de Drogas de Colombia, en: <http://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/pecig/PECIGatencionQuejas.pdf>

mismas, la Policía Nacional- Dirección Antinarcóticos procederá a tomar decisión de fondo a cerca de la procedencia o no, de la compensación económica, para lo cual es imprescindible tener en cuenta que se haya producido una operación de aspersión en el marco del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, se demuestre el daño y la relación de causalidad entre los mismos.” (se destaca)

A pesar de considerar que este procedimiento carece de fundamento legal, toda vez que la competencia para resolver la controversia y ordenar la reparación se encuentra en una resolución y no, como se propone, en la ley; es una muestra de cómo la administración pública en Colombia ha resuelto controversias relativas a la responsabilidad del Estado y, ha tasado y liquidado los perjuicios ocasionados, en ejercicio de función administrativa, en el que se analizan los elementos propios de la responsabilidad: un daño, una actuación u omisión del Estado y la relación de causalidad, como lo establece el artículo transcrito y, se tasan y liquidan los perjuicios en cada caso concreto.

III. UNA OPORTUNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS Y LA ADMINISTRACIÓN: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una vez analizada la posibilidad jurídica de reparar perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado desde el terreno constitucional, el presupuesto de la competencia de la Administración Pública de conformidad con el principio de legalidad y el régimen jurídico que debería ser aplicable, se abordó un capítulo descriptivo, en la medida en que se puso de presente que en el ordenamiento jurídico colombiano actual existen al menos tres eventos en los que se reparan perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado en sede administrativa, para demostrar que se está ante una realidad cotidiana, pero ignorada. La finalidad de este último capítulo es proponer una oportunidad, tanto para las víctimas como para la Administración Pública: el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado.

Previo a abordar sus características, resulta pertinente hacer referencia a la delimitación que se realizó en la introducción de esta investigación, en la medida en que, si bien es cierto que el deber de reparar tiene dos fuentes distintas – responsabilidad y solidaridad – esta investigación se circunscribe únicamente a la reparación administrativa de perjuicios con fundamento en primera de ellas, no porque no sea posible llevar a cabo reflexiones similares en relación con el deber

de reparar derivado de la solidaridad y su reconocimiento en sede administrativa – tan comúnmente aceptado, por demás - sino porque escapa del objeto de investigación propuesto.

Es posible afirmar que esta alternativa para las víctimas, capaces de escoger y hacer valer sus derechos de un catalogo de procesos y procedimientos, implica accesibilidad y mayor alcance para los administrados. Accesibilidad, en la medida en que los costos de un proceso judicial normalmente resultan mucho más altos que los de un procedimiento eficiente y ágil ante la administración, con las características que se explicarán; un alcance mayor, toda vez que al reducirse los “costos de transacción”¹⁶⁸, las víctimas de daños, cuya cuantía pudiera resultar ínfima para iniciar un proceso judicial con todo lo que ello implica – no solo en gastos económicos sino en tiempo – razón por cual muchas veces se abstienen se reclamar la reparación en sede jurisdiccional, encontrarían una vía que les permita reclamar su derecho sin incurrir en costos que a veces terminan siendo más altos que los perjuicios sufridos.

¹⁶⁸ Aquellos costos propios de un proceso judicial, no frente a la Administración de Justicia, sino los relacionados con el pago de honorarios de abogado, el tiempo que se demora un proceso judicial, inclusive, el alea misma del proceso judicial, hacen que, en muchas oportunidades resulte más costoso para la víctima reclamar ante el juez de lo contencioso administrativo su reparación, que el perjuicio en si mismo. En el sentido económico: “Los costos de transacción se han vinculado a actividades desarrolladas dentro del proceso de intercambio que implica ceder derechos de propiedad que ejercen los agentes económicos sobre sus factores productivos.”, Mauricio Andrés Ramírez Gómez, “Costo de transacción y estrategia corporativa”, en *Revista Forum Doctoral*, No. 1, julio – diciembre de 2008, Universidad Eafit, en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiv-oPE1KXrAhXpt1kKHeLrCG0QFjAVegQICRAB&url=https%3A%2F%2Fpublicaciones.eafit.edu.co%2Findex.php%2Fforum-doctoral%2Farticle%2Fdownload%2F2754%2F2566%2F&usg=AOvVaw2hCvsO7gQ1P5hzXbslJClN> consultado el 18 de agosto de 2020.

En segundo lugar, es necesario reiterar que el artículo 29 constitucional establece que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”*¹⁶⁹. El procedimiento administrativo y la resolución de los recursos en la vía administrativa son verdaderos escenarios de justicia administrativa no jurisdiccional¹⁷⁰, *“símbolo indiscutible de la garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto al ordenamiento jurídico y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración, en procura de decisiones administrativas sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales (...)”*¹⁷¹.

Un escenario de justicia administrativa en el que debe respetarse y garantizarse no solo el derecho fundamental al debido proceso¹⁷², sino que éste debe conjugarse

¹⁶⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 29.

¹⁷⁰ Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” loc. cit., p. 296.

¹⁷¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “Compendio de Derecho administrativo” loc. cit., p. 341.

¹⁷² Sobre el derecho al debido proceso, Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014: *“definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.”*

con los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 constitucional, como lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“[D]ebido proceso judicial se encuentra ligado a la materialización de los derechos, la protección de la Constitución o de la ley; en tanto que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad. Por ello, también ha puntualizado la Corte, la segunda debe ceñirse a la vez a los artículos 29 y 209, Superiores(sic).”¹⁷³

Lo anterior implica que el procedimiento administrativo, como ejercicio de función administrativa *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones ...”¹⁷⁴*; y siempre, respetando el debido proceso.

Finalmente, aunque parece obvio y elemental, resulta imperativo poner de presente que esta propuesta de procedimiento, al ser especial, deberá regirse en todo lo que no se encuentre expresamente establecido por las normas del procedimiento común y principal, por tratarse de la *“regla general aplicable a toda hipótesis”¹⁷⁵*, de

¹⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014.

¹⁷⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 209.

¹⁷⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *“Compendio de Derecho administrativo ...”* loc. cit., p. 414

conformidad con el artículo 34 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.”

Así, el procedimiento administrativo que se propone en esta investigación tendrá algunas particularidades que se explicarán a continuación, pese a lo cual, deberá regirse en todo lo no dispuesto por el procedimiento común y principal, de acuerdo con la norma transcrita.

De esta manera, se realizará, en primer lugar, un análisis en relación con la *estructura que puede tener el procedimiento (A)*, para luego hacer referencia a los *aspectos procesales más relevantes y “especiales” (B)* y, por último, se analizará la *naturaleza del mismo en relación con la posibilidad de demandar o no la reparación de los mismos daños ante el juez de lo contencioso administrativo, una vez culminado el procedimiento administrativo de reparación (C)*.

A. LOS CAMINOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Para efectos de realizar una propuesta que contenga una verdadera estructura del procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, es necesario comprender previamente que, en el contencioso administrativo no jurisdiccional existen varios modelos, como lo explica Ospina Garzón:

“La resolución administrativa de litigios puede recaer sobre las decisiones proferidas en ejercicio de la función administrativa (actos administrativos), pero también puede tener por objeto actividades diversas de la sociedad, constituyan estas o no función pública. En el primero de los casos, el contencioso administrativo no jurisdiccional controla actos administrativos; en el segundo evento se resuelven litigios para ejercer función administrativa. En una ocasión anterior, el primer grupo fue denominado prejurisdiccional, mientras que el segundo, parajurisdiccional, al explicar que a veces la Administración resuelve administrativamente el litigio, como paso para acceder al juez (recursos administrativos), pero en el segundo la Administración actúa en lugar del juez; resuelve algo que también podría hacer un juez (sanciones o condenas y resolución de litigios entre particulares). El contencioso administrativo prejurisdiccional o respecto de los actos administrativos se trata con el recurso mismo, que controvierte la

decisión tomada; el relativo a las sanciones y condenas requiere que la Administración pública anuncie, mediante acto de trámite, la decisión desfavorable que puede tomar al final del procedimiento, para que el sujeto resista y entable una contienda. Finalmente, el contencioso administrativo entre particulares exige, para su configuración, que las partes se encuentren enfrentadas para que sea la Administración quien resuelva.”¹⁷⁶

Es posible identificar que la estructura del contencioso administrativo no jurisdiccional, en la cual se enmarca esta propuesta, puede tener dos formas: el contencioso “*prejurisdiccional*” que tiene que ver con la resolución de recursos por parte de la administración respecto de los actos administrativos proferidos por esta; el contencioso “*parajurisdiccional*” en el cual la administración actúa en lugar del juez; en este último se ubica el procedimiento “*triangular*”¹⁷⁷ en el cual la administración resuelve una controversia entre particulares.

Para efectos de este estudio, se dejará de lado la primera estructura del contencioso administrativo no jurisdiccional, es decir, el “*prejurisdiccional*”, pues el procedimiento se inicia precisamente para que sea terminado mediante un acto administrativo en el cual se resuelva sobre la responsabilidad del Estado y la consecuente reparación

¹⁷⁶ Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 309.

¹⁷⁷ Andrés Fernando Ospina Garzón, “L’activité contentieuse de l’Administration ...” loc. cit., p. 374: “La relación procesal multilateral se presenta en los casos en que exista una relación múltiple o cuando una situación jurídica entre dos personas sea terminada o modificada por decisión administrativa. [...] estos procedimientos son calificados como triangulares cuando la administración toma una decisión que tiene efectos respecto de los dos administrados que conforman el triángulo.” (traducción libre).

de perjuicios; lo anterior no significa que, una vez proferida esta decisión administrativa, frente a ella sí se puedan interponer los recursos administrativos, como camino para acceder al juez de lo contencioso administrativo, pero se trata de un momento posterior al que en este punto se propone, por lo cual se hará referencia a este más adelante.

La actuación que se propone en esta investigación es un procedimiento administrativo especial que se fundamenta y se rige en los aspectos que no son específicamente establecidos por el legislador en el procedimiento común y principal; así, además de las características procesales que se analizarán más adelante, por la remisión expresa al procedimiento general, el mecanismo que en esta investigación se propone puede tener dos modelos estructurales. Al respecto, el profesor Santofimio Gamboa:

“[...] un procedimiento mixto o promiscuo, que sirve en consecuencia para adoptar decisiones tendientes al simple reconocimiento de derechos, al igual que hacer otro tipo de pronunciamientos en relación con los derechos subjetivos y colectivos o incluso para la resolución de conflictos por parte de la administración. En las dos primeras hipótesis, actuando la administración como parte interesada y obligada a decidir, y en la última, como tercero imparcial, en lo que los modernos procedimientos administrativos se conoce como actuación trilateral o procedimiento trilateral ...”¹⁷⁸

¹⁷⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “Compendio de Derecho administrativo ...” loc. cit., p. 377.

Así, la primera estructura que resulta posible adoptar y, tal vez la más elemental, es la estructura clásica bilateral o similar al denominado “*parajurisdiccional*”, en la que un administrado acude a la administración para presentar una petición, la cual es resuelta por el funcionario competente. Estructura clásica que permite que el mismo organismo o entidad de la administración que causó el daño, repare de manera directa los perjuicios causados. Esto permite que la administración en ejercicio de su función administrativa resuelva directamente la controversia mediante el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado.

En segundo lugar, el modelo “*triangular*” del contencioso administrativo está diseñado, como se explicó, como un procedimiento en el cual la administración resuelve un litigio o controversia respecto de dos administrados, pero que puede extenderse también a los eventos en los que en la controversia se encuentran involucrados un particular y la Administración pública. Ello supone la necesidad de ir más allá del simple procedimiento administrativo como reto legislativo, e implica la creación de unas *instancias administrativas* - que no de lo contencioso administrativo-, que resuelvan estos asuntos.

Podría pensarse en una categoría jurídica como las unidades administrativas especiales¹⁷⁹ para efectos de llevar a cabo esta función administrativa, de

¹⁷⁹ Ley 489 de 1998, artículo 67: “*Las Unidades Administrativas Especiales son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica,*

conformidad con la naturaleza de su función: contenciosa de la administración en relación con la responsabilidad del Estado y la consecuente reparación de perjuicios. Esta figura podría compararse con las actuales comisiones de regulación¹⁸⁰, aunque no se limita a éstas en nuestro ordenamiento jurídico actual¹⁸¹.

Planteadas las posibles estructuras del procedimiento que se propone: uno con más y mayores retos que el otro, como lo es la creación de un organismo al que se le asigne la función de resolver estos litigios o controversias que involucren a un particular con una autoridad pública distinta de la que resuelve el asunto y, otro más sencillo en el cual el administrado le solicita directamente, a la entidad u organismo administrativo que le causó el daño, su reparación. Resulta necesario el análisis de algunos aspectos o características de este procedimiento administrativo, para su efectividad en el ordenamiento jurídico colombiano y, sobretodo, teniendo en cuenta una realidad patria, como se explicará.

que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.”

¹⁸⁰ A manera de ejemplo, el Decreto 1078 de 2015 – “*por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector de tecnologías de la información y las comunicaciones*” – en su artículo 1.2.1.1., establece: “*La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) es una Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, encargada de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones, con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.*”; la cual tiene dentro de sus funciones la resolución de los conflictos que surjan entre las empresas u operadores del mercado, de conformidad con el artículo 73 de la ley 142 de 1994.

¹⁸¹ Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” loc. cit., p. 313

B. LAS PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDICIÓN PARA SU ADECUADO FUNCIONAMIENTO

Pese a ser reiterativo, es necesario realizar un análisis sobre lo que será el punto de partida de este, y de todos los procedimientos administrativos especiales, el procedimiento administrativo común y principal que, aunque no es el objeto de esta investigación, sí supone un elemento de gran importancia, cuya cabal comprensión será fundamental para el desarrollo de este punto.

Vale la pena reiterar, también, que el procedimiento administrativo es un verdadero escenario de justicia administrativa, en el cual entran en juego no solo el derecho fundamental al debido proceso¹⁸², sino que éste debe conjugarse con los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 constitucional, referente a la función administrativa, la cual *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones ...”*¹⁸³.

Procedimiento general que se encuentra establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual es posible resumir en el siguiente esquema:

¹⁸² Sobre el derecho al debido proceso, puede verse: Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014.

¹⁸³ Constitución Política de Colombia, artículo 209.

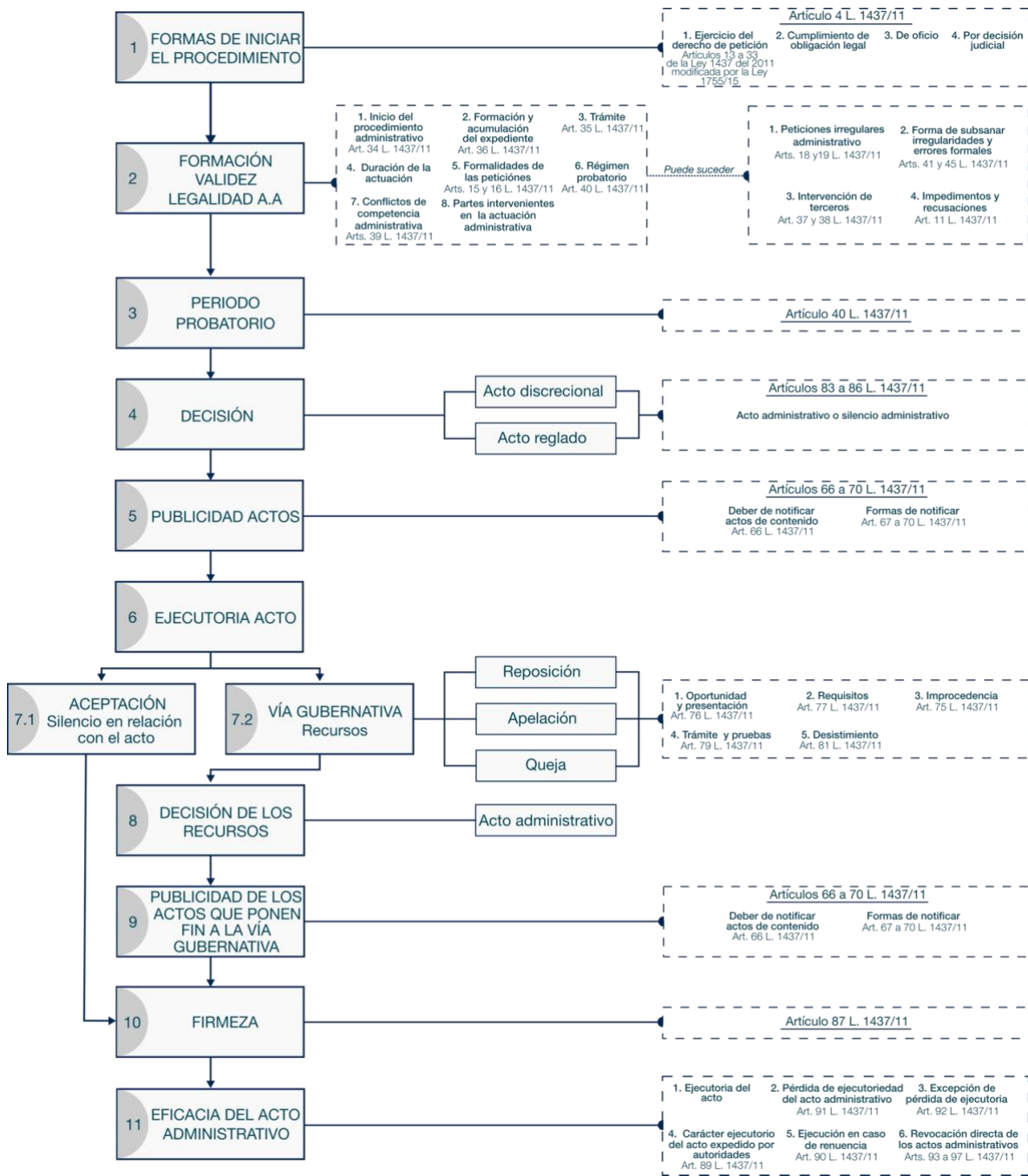


Diagrama 1. El Procedimiento Administrativo Común y Principal – Ley 1437 del 2011

El anterior esquema deja ver cómo este procedimiento, por sus etapas y las posibilidades en las que se desarrolla, sigue una estructura similar a la de un proceso judicial; lo que confirma que se trata de un verdadero escenario de justicia

administrativa, pero, conjugado con los principios de la función administrativa, entre lo que se resaltan los de igualdad, eficacia, economía y celeridad.

Es por ello que el artículo 34 de la ley 1437 de 2011 dispone que las actuaciones administrativas “*se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código*”. En este orden de ideas, la propuesta implica un procedimiento administrativo especial, cuya base es el procedimiento común y principal, pero con algunas particularidades, que se explicarán a continuación.

1. El ejercicio del derecho de petición como mecanismo para iniciar el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivado de la responsabilidad del Estado

Los procedimientos administrativos pueden iniciarse, de conformidad con el artículo 4º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante el ejercicio del derecho de petición en interés general o en interés particular, en cumplimiento de una obligación o deber legal, o de oficio por las autoridades administrativas¹⁸⁴, el procedimiento administrativo de reparación de

¹⁸⁴ Sobre el ejercicio del derecho de petición como forma de iniciar los procedimientos administrativos, puede verse: Fabián G. Marín Cortés, “*Derecho de petición y procedimiento*

perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, deberá iniciarse en ejercicio del derecho de petición en interés particular, como regla general. Sin embargo, ante la posibilidad de iniciar el procedimiento mediante el ejercicio del derecho de petición en interés general, nada impide para que se solicite, por ejemplo, la reparación del daño al medio ambiente sano o a la vulneración al acceso a los servicios públicos, entre otros¹⁸⁵.

Lo anterior, que parece limitar el alcance del procedimiento, tiene fundamento en la naturaleza misma del mecanismo como parte de un sistema de responsabilidad pública, por lo que, es potestad de las víctimas elegir el camino por el cual reclamar su derecho a la reparación, es decir, no podría la Administración de oficio iniciar este procedimiento cuando es la víctima quien debe escoger si va ante la

administrativo”, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo – CEDA, 2017 y; Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “*Compendio de Derecho administrativo ...*” loc. cit., pp. 377 y ss,

¹⁸⁵ Sobre los derechos e intereses colectivos, la Ley 472 de 1998, artículo 4 establece: “*DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. PARAGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*”

administración para que, en ejercicio de su actividad contenciosa, resuelva su pretensión o, si acude ante el juez de lo contencioso administrativo para que, mediante el camino de la reparación directa decida sobre la responsabilidad del Estado y la consecuente reparación de perjuicios.

En relación con la iniciación del procedimiento administrativo en virtud del cumplimiento de una obligación o deber legal, el deber debe estar expresamente establecido en la norma, como es el caso de los eventos explicados en el marco de la contratación estatal, pues con fundamento en el artículo 4.9 de la ley 80 de 1993¹⁸⁶, la autoridad podría iniciar este procedimiento; así, podría iniciarse por esta vía siempre que exista una norma con el deber u obligación expresamente consagrado, cuestión que el ordenamiento colombiano actual es excepcional y escasa.

Por último, se destaca que, para iniciar este procedimiento no se requiere de nada diferente a los requisitos generales del derecho de petición, esto implica un mayor acceso para los administrados en la medida en que no requieren hacerlo por medio de apoderado, por ejemplo; ni cumplir con requisitos de procedibilidad como los que se requieren para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁸⁷.

¹⁸⁶ “Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”

¹⁸⁷ Como la conciliación prejudicial, toda vez que “esencia [de la justicia alternativa] era la descongestión de los Despachos Judiciales” (exposición de motivos de la Ley 640 de 2001, disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7380#1>) y por lo tanto

2. *Un nuevo ingrediente que le dé seguridad al funcionario y evite la corrupción:
el concepto del Ministerio Público*

Esta segunda característica, que implica un ingrediente adicional, tiene que ver con un cambio de dos paradigmas en relación con la administración: *Administración pública ineficiente* y *Administración pública y corrupción*. Al respecto, es necesario aprehender que la administración debe ser “*no únicamente respetuosa del orden jurídico, sino útil, transformadora, que responda a las expectativas sociales, que combata eficazmente la corrupción ...*”¹⁸⁸; una ruptura de paradigmas que requiere una herramienta eficiente: que le dé “*dientes*” a la administración y tranquilidad al administrado.

Así, una de las funciones del Ministerio Público es la función de intervenir en procesos judiciales y administrativos, con el fin de proteger el orden público, el patrimonio público y los derechos y garantías de los ciudadanos; finalidades que el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad cobran especial relevancia, pues dicha intervención tendría la doble función de proteger el patrimonio público y de velar por los derechos y garantías de

este requisito no cumpliría ninguna finalidad en el escenario del procedimiento administrativo de reparación de perjuicios; por el contrario, constituye otro mecanismo del sistema de responsabilidad pública.

¹⁸⁸ Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” loc. cit., p. 270

los ciudadanos, en especial, el derecho a la reparación. El artículo 277 constitucional que establece las funciones del Procurador General de la Nación, como supremo director del Ministerio Público¹⁸⁹, dispuso:

“El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: [...]

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.”

De manera similar a la función del Ministerio Público en la conciliación¹⁹⁰, éste podrá oponerse, mediante un concepto que debe rendir de forma obligatoria y, podrá ejercer los medios de control¹⁹¹ – administrativos y jurisdiccionales – procedentes en contra del acto administrativo que resuleva la controversia, si considera que el mismo no resulta acorde con el ordenamiento jurídico. Se trata entonces de un rol de garante de los intereses de las partes, tanto de la Administración pública como de las víctimas.

Este concepto del Ministerio Público en el marco del procedimiento administrativo que se propone tiene una doble finalidad. En primer lugar, busca que la

¹⁸⁹ Así lo establece el artículo 275 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁹⁰ Decreto 1818 de 1998, artículo 60: “[...] *El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación [...]*”

¹⁹¹ Respecto del concepto de medios de control y su clasificación, puede verse: Andrés Fernando Ospina Garzón, “La justicia administrativa para la paz ...” loc. cit., p. 647.

administración pública actúe sin miedo y de manera eficiente, es decir, le da herramientas al funcionario para su decisión y, es una garantía para los administrados. En segundo lugar, es un instrumento en contra de la corrupción, pues se trata de un sujeto procesal que emite un concepto sobre el caso concreto, frente al cual, si la administración decide apartarse, podrá hacerlo siempre que cumpla con la carga argumentativa.

3. La resolución de la controversia se da mediante un acto administrativo controlable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo

La forma en la culminan los procedimientos administrativos es mediante una decisión unilateral de la Administración o de quien ejerza función administrativa, encaminada a la producción de efectos jurídicos¹⁹², es decir, mediante un acto administrativo de contenido individual¹⁹³, en el cual se reconozca el derecho a la reparación o no. Dicho acto administrativo deberá ser motivado, como requisito de todas decisiones de la administración y será de carácter discrecional¹⁹⁴, pues es el funcionario competente el encargado de analizar la responsabilidad del Estado y, tasar y liquidar los perjuicios, de conformidad con el régimen jurídico aplicable.

¹⁹² En este sentido: Alberto Montaña Plata, *“Fundamentos de Derecho administrativo ...”* loc. cit., p. 202.

¹⁹³ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *“Compendio de Derecho administrativo ...”* loc. cit., p. 525: *“toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos”*

¹⁹⁴ Sobre el concepto de discrecionalidad: Hugo Alberto Marín Hernández, *“Discrecionalidad administrativa”*, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Ello supone que, por tratarse de un acto administrativo de contenido individual, mediante el cual se resuelven controversias relativas a la responsabilidad del Estado, será susceptible de los recursos que en contra de los actos administrativos definitivos¹⁹⁵ procedan y, además susceptible de un control jurisdiccional que será el propio de los actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁹⁶.

Lo anterior supone dos escenarios de control a la actuación de la Administración. El primero, referido al control administrativo, como, por ejemplo, la interposición de los recursos procedentes¹⁹⁷ – reposición, apelación, queja – con los requisitos y en los términos establecidos por el legislador para el efecto. En relación con el segundo, implica que, una vez agotada la vía gubernativa, procede también el control judicial del acto, pero mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, por las causales establecidas para su procedencia¹⁹⁸; inclusive, en los eventos en los que el procedimiento se inicie mediante el ejercicio del derecho de petición en interés general y, de acuerdo con el contenido del acto, podría ejercerse la acción de nulidad simple para controlar la decisión de la Administración.

¹⁹⁵ Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 43: “*son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.*”

¹⁹⁶ Andrés Fernando Ospina Garzón, “El contencioso administrativo no jurisdiccional ...” loc. cit., p. 295 – 296.

¹⁹⁷ Sin tratarse del único control al acto, en este sentido: Andrés Fernando Ospina Garzón, “La justicia administrativa para la paz ...” loc. cit., p. 647, en donde establece que los medios de control a la actividad administrativa pueden ser administrativos y jurisdiccionales; el primero, a su vez, puede dividirse en endógenos (revocatoria directa, recursos administrativos, entre otros) y exógenos (como el control fiscal, por ejemplo)

¹⁹⁸ Ley 1437 de 2011, artículos 137 y 138.

Así, si mediante un acto administrativo se reconoce el derecho a la reparación de una víctima, cuando no había lugar a ello, de conformidad con el régimen jurídico aplicable¹⁹⁹, podrá el Ministerio Público, por ejemplo, interponer los recursos propios del control administrativo y, en el evento en el que las partes o el mismo Ministerio Público consideren que la decisión mediante la cual se resolvieron los recursos es contraria al ordenamiento, podrán hacer uso de los controles jurisdiccionales, en los términos establecidos por el legislador para su procedencia, como el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ejemplo.

¹⁹⁹ Teniendo en cuenta que, en relación con el régimen jurídico se estableció la necesidad de modificar el artículo 10 del CPACA en el sentido en que, en esta materia, la obligación de las autoridades implica la sujeción a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

C. LA IMPOSIBILIDAD DE RECLAMAR EN SEDE ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL: UNA LÓGICA ALTERNATIVA

Un aspecto importante es la imposibilidad de la víctima para reclamar en sede administrativa y, luego ante el juez de lo contencioso administrativo. La reparación administrativa de perjuicios y, en especial, el procedimiento administrativo propuesto para su materialización son una oportunidad y una alternativa. Una oportunidad, en la medida en que se trata de una forma de obtener la reparación de un daño de manera pronta y eficaz y, evitar los costos propios de un proceso judicial. Una alternativa, en la medida en que, una vez la víctima decida acudir a la reparación administrativa de perjuicios mediante el procedimiento administrativo de reparación directa, no podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por vía de la acción de reparación directa²⁰⁰, y viceversa.

²⁰⁰ En este sentido, el particular tiene la opción de acudir a cualquiera de posibilidades, sin embargo, debe aclararse que el legislador deberá establecer el término para acudir a la Administración, el cual puede ser un plazo menor al de la caducidad de la acción, por ejemplo, seis meses y, ambos deberán correr de manera paralela. Así, si el particular escoge el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios, con fundamento en la lógica alternativa que se plantea, la caducidad de la acción de reparación directa sería irrelevante, en la medida en que la forma de acudir al juez sería atacando la decisión que provocó con el inicio del procedimiento. Por el contrario, si el particular deja vencer el plazo establecido por el legislador para acudir ante la Administración, aún le queda, en nuestro ejemplo, un año y medio para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 164, literal i) del CPACA. En un tercer escenario, en el que el particular decide acudir directamente ante el juez, el término de presentación de la petición y el de caducidad de la acción deberán correr de manera paralela, por lo que no es necesario esperar a que se cumpla el primero para poder presentar la demanda de reparación directa.

Una lógica alternativa o una idea basada en las obligaciones alternativas del Derecho civil²⁰¹, en las que “*simultáneamente se deben varios objetos (pluralidad in obligatione), pero la satisfacción del acreedor ha de realizarse con uno solo de ellos (unidad in solutione), no obstante encontrarse todos destinados al pago*”²⁰². Así, se trata de una obligación disyuntiva²⁰³, lo que implica que no es posible, para el acreedor, obtener todas las prestaciones contempladas, al estar ante una “*alternativa entre dos cosas, por una de las cuales hay que optar*”²⁰⁴.

Esto implica que la víctima tiene, en el marco de un sistema general de responsabilidad pública con fundamento en el artículo 90 constitucional, al menos dos alternativas, para obtener la reparación de los perjuicios: una acción judicial ante el juez de lo contencioso administrativo, esto es, la acción de reparación directa o, una petición de interés individual ante la administración pública, es decir, el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado. De la misma manera como en un restaurante, quien compra un menú a precio fijo, puede escoger uno, entre varios de los menús alternativos²⁰⁵ y no todos o varios de ellos, así, podrá la víctima escoger entre los diferentes mecanismos del sistema de responsabilidad pública, el que mejor se ajuste a sus necesidades.

²⁰¹ Código Civil colombiano, artículo 1.556: “*Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras.*”

²⁰² Fernando Hinestrosa, “*Tratado de las obligaciones ...*” loc. cit., p. 371.

²⁰³ Cfr. C. Massimo Bianca, “*Diritto civile*”, cit. N° 2, p. 127, citado en Fernando Hinestrosa, “*Tratado de las obligaciones [...]*” loc. cit., p. 371.

²⁰⁴ Significado de disyuntivo, según la Real Academia de la Lengua Española, en: <https://dle.rae.es/disyuntivo> consultado el 18 de agosto de 2020 a las 7:00 pm.

²⁰⁵ Fernando Hinestrosa, “*Tratado de las obligaciones [...]*” loc. cit., p. 373.

Esto es así, en la medida en que la reparación obtenida en el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado *“es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño”*²⁰⁶, es decir, que *“el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”*²⁰⁷. Con base en ello, permitir que las víctimas accedan a los dos mecanismos implicaría un enriquecimiento sin justa causa, ya que la fuente de la obligación de reparar, en ambos escenarios es la misma: la responsabilidad del Estado; puesto que, como se explicó en el acápite relativo al régimen jurídico aplicable, el fondo del asunto, deberá decidirse de manera uniforme tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial, en la medida en que las autoridades administrativas tendrían la obligación de acatar las sentencias que, en esta materia, sean proferidas por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional.

Es por ello que, una vez terminado el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios, mediante un acto administrativo que quede en firme, en el cual se reconoce o no el derecho a la reparación, esa decisión es susceptible de control judicial, como se explicó, pero será mediante la acción propia para controlar actos

²⁰⁶ Juan Carlos Henao, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado ...” loc. cit., p. 42.

²⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1993, citada en Juan Carlos Henao, *“El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés”*, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45.

administrativos y por las causales de nulidad de los actos administrativos, no mediante la acción de reparación directa, pues la responsabilidad ya ha sido definida en el procedimiento administrativo por decisión misma de la víctima. Y, en el evento en el que el derecho a la reparación sea reconocido y víctima considere que la tasación y liquidación de los perjuicios no se ajusta a la jurisprudencia vigente, podrá, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁰⁸, atacar la legalidad del acto administrativo, con fundamento en la causal de falsa motivación, por ejemplo.

Lo anterior no implica, de ninguna manera, que, una vez la víctima elija la oportunidad que se propone en esta investigación y, acuda a la reparación de perjuicios en sede administrativa, la causa del daño deja de ser un hecho, omisión u operación administrativa. Lo que significa es que, al elegir voluntariamente²⁰⁹ poner en manos de la Administración la resolución de la controversia sobre la responsabilidad del Estado y la consecuente reparación de perjuicios, ese se convierte en el camino a seguir, por lo cual el derecho se decidirá mediante un acto administrativo de contenido individual y su control será el propio de los actos administrativos.

²⁰⁸ Ley 1437 de 2011, artículo 138: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

²⁰⁹ Fernando Hinestrosa, *“Tratado de las obligaciones [...]”* loc. cit., p. 374: *“El acto de elección es considerado como un acto dispositivo, es decir, un negocio jurídico unilateral y propio de la persona a quien compete hacerla, que se adosa a la relación obligatoria, que la altera en el sentido de simplificarla, con la determinación final de la prestación debida, y es definitivo e irrevocable [...]”*

Por último, resulta importante plantear una posibilidad adicional a la concepción del procedimiento administrativo de reparación de perjuicios que hasta ahora se ha hecho, en la medida en que, siempre que este procedimiento cumpla, en la práctica, con convertirse en un verdadero escenario de resolución de controversias y no en un escenario formal de justicia administrativa, como sucede con frecuencia en Colombia, podría establecerse por parte del legislador que el mismo sea obligatorio, en ciertas materias, para acceder al juez.

En el mismo sentido como lo plantea Ospina Garzón, en relación con los recursos administrativos: *“cuando se conviertan en verdaderas instancias de resolución de litigios trocar su ejercicio en requisito previo para demandar”*²¹⁰; hasta que ello no sea así, imponer al ciudadano la obligación de acudir ante la administración, previo a demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, vulneraría el derecho a la reparación del que son titulares las víctimas. Y en ese sentido, lejos de ser una propuesta rígida o inamovible, la idea que se propone como una lógica alternativa pretende ser un modelo de transición hacia una verdadera justicia administrativa que integre el sistema de responsabilidad pública.

²¹⁰ Andrés Fernando Ospina Garzón, “La justicia administrativa para la paz ...” loc. cit., p. 718.

CONCLUSIONES

En el ordenamiento jurídico colombiano se ha entendido que el artículo 90 constitucional es el fundamento para demandar la reparación de perjuicios ante el juez de lo contencioso administrativo; sin embargo, esta disposición es mucho más amplia, pues es, en realidad, una invitación para construir un verdadero “*sistema de responsabilidad pública*” el cual, como sistema que es, no puede agotarse en la una acción ante un juez, sino que requiere de un conjunto de instrumentos y herramientas que permitan su construcción sólida.

Para llevar a cabo una construcción es necesario examinar primero el terreno, limpiarlo y excavarlo; de esa primera fase de construcción se evidenció que el terreno en Colombia para la construcción de este sistema está dado desde la misma norma de normas. Luego del estudio del terreno es necesario repartir sus cimientos²¹¹, es decir, aquello sin lo cual el edificio no podría sostenerse: la ley que le otorgue competencia a la Administración para resolver las controversias relativas a la responsabilidad del Estado, en virtud del principio de legalidad.

Por último, debe montarse la estructura del edificio que se pretende construir: el régimen jurídico que sería aplicable en los eventos en los que la Administración

²¹¹ Según la Real Academia de la Lengua Española, “*cimiento*” es la “*parte del edificio que está debajo de tierra y sobre la que estriba toda la fábrica; terreno sobre el que descansa el mismo edificio*” en <https://www.rae.es/drae2001/cimiento> consultado el 17 de agosto de 2020.

Pública resuelva las controversias relativas a la responsabilidad del Estado. El que se identificó no solo en la posibilidad de resolver la controversia aplicando los precedentes jurisprudenciales que en ésta materia se encuentren vigentes al momento de tomar la decisión, sino también se identificó la ruptura del paradigma según el cual *la administración paga pero no tasa*, en la medida en que resulta imposible establecer previamente los perjuicios que deben reparados, ya que en cada caso concreto debe llevarse a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la producción del daño.

Así, con la excavación del terreno, la construcción de sus cimientos y la estructura puesta, fue posible evidenciar que en Colombia ya se han construido figuras jurídicas que comparten el mismo terreno y los mismos cimientos, lo que demostró que no se trata de una figura del todo extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pero que sí ha sido tradicionalmente camuflada e ignorada.

Una realidad que invita a su análisis y comprensión sistemática con el ordenamiento jurídico colombiano y, la indudable posibilidad de ampliar los eventos en los cuales la Administración, respetuosa de los derechos y garantías fundamentales, resuelva sus controversias sin la necesidad de un juez en todos y cada uno de los casos de responsabilidad, una administración consiente y, un juez de lo contencioso administrativo que la controle pero que no la suplante.

Una realidad que es posible y es actual, pero que está escondida, tal vez por miedo, tal vez por la ausencia de una comprensión sistemática y general de la

responsabilidad del Estado y, en especial, de la reparación de perjuicios, que no puede limitarse a la intervención de un juez de lo contencioso administrativo. Una realidad que merece ser sistematizada de acuerdo a su naturaleza: reparación administrativa de perjuicios en el marco de un sistema general de responsabilidad pública.

Pero para ampliar esa realidad de manera adecuada, es necesario, además de contar con un terreno estable, cimientos fuertes y una estructura sólida, darle los acabados y toque finales, es decir, establecer un *estilo* determinado. Así, el procedimiento administrativo de reparación de perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, supone el enfoque o el *estilo* propuesto en esta investigación; sin que sea, de ninguna manera, el único camino para construir un verdadero *sistema de responsabilidad pública*. Fue éste el *estilo* elegido con fundamento en las ventajas relativas a la accesibilidad, alcance y costos de todo tipo que, en un contexto de congestión judicial y de procesos judiciales que avanzan lánguidamente, resultan tan importantes y determinantes para el ejercicio del derecho a la reparación, como una alternativa para las víctimas, con todo lo que ello supone.

Un *estilo* que implica retos de la mayor importancia, como lo es la intervención legislativa en este sentido, por lo que se trata de una construcción que no depende de la academia, sino de la voluntad del legislador; que ojalá no llegue demasiado tarde.

Y un *estilo* que deja interrogantes de la mayor importancia, entre los que se destaca, la posibilidad de que la ley consagre que la Administración pueda iniciar el procedimiento administrativo de oficio. Situación que, incluso en la teoría del Derecho civil de las obligaciones alterativas tendría cabida, pues en ésta es posible que quien escoja la prestación con la cual se va a cumplir la obligación sea el deudor y no el acreedor; pero que genera muchas dudas, como por ejemplo, si debería ser presupuesto de iniciación del procedimiento que la víctima pueda escoger entre aceptar la propuesta de la Administración o, elegir rechazarla y recorrer el tradicional camino de la acción judicial de reparación directa, ante el juez de lo contencioso administrativo.

En todo caso, a pesar de las dudas y de los interrogantes que surgen, es posible concluir que el camino para la construcción de un verdadero *sistema general de responsabilidad* podría iniciarse en este punto, sin que se agote en el mismo, de ninguna manera, por el contrario, que el procedimiento propuesto se consolide como una invitación a estudiar otros mecanismos que le den a la responsabilidad pública una construcción como sistema, tal y como lo concibió el Constituyente primario hace casi 30 años.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, 2ª Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Bénoit, Francis-Paul, “Le droit administratif Français”, Dalloz, 1968

Chevallier, Jaques, *El Estado posmoderno*, Oswaldo Pérez (trad.), Universidad Externado de Colombia, 2011.

Coronado Britto, Ximena, *La congestión judicial en Colombia*, trabajo de grado para optar por el título de comunicador social y periodista, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, en: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/comunicacion/tesis202.pdf>, consultado el 7 de julio de 2020 a las 7:00 am.

Díaz Gómez, Catalina, Sánchez, Nelson Camilo, Uprimny Yepes, Rodrigo, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), 2015.

Guevara Agudelo, Laura Katherine, *La congestión judicial como una de las principales causas para que los ciudadanos decidan tomar la justicia por mano propia*, trabajo de grado para optar por el título de abogada, Universidad Libre de Colombia, 2017, en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15966/MONOGRAFÍA%20FINAL%20-%20ENTREGA%20CENTRO%20DE%20INVESTIGACIÓN-.pdf?sequence=1> , consultado el 7 de julio de 2020 a las 7:10 am.

Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las Obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, Tomo I, 3ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 2002.

M´Causland Sánchez, María Cecilia, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Marín Cortés, Fabián G., *Derecho de petición y procedimiento administrativo*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo – CEDA, 2017.

Marín Hernández, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Montaña Plata, Alberto, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Ocampo López, Javier, *Historia básica de Colombia*, Plaza y Janés Editores, 9ª edición, 2017.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?*, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, *L'activité contentieuse de l'Administration*, tomo I, Éditions Universitaires Européennes, 2012.

Puyana Silva, Alfredo, *Sistema integral de Seguridad Social: parte general y el subsistema general de pensiones*, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Sánchez León, Nelson Camilo, *Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*, Colección Dejusticia, Colombia, 2017.

Santaella Cuberos, María Juliana, *La liquidación de perjuicios en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Compendio de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*, Tomo V, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, España, 2003.

Teitel, Ruti G., *Justicia transicional*, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Vistini, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamento de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, Mariateresa Cellurale (Trad.), Universidad Externado de Colombia, 2015.

Zapata García, Pedro A., *Fundamentos y Límites de la Responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, 2019.

CAPÍTULOS DE LIBRO Y ARTÍCULOS DE REVISTA

Cañón Ortegón, Leonardo, “La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y de la protección social en Colombia”, en *Páginas de seguridad social*, volumen 1, enero – junio, 2017, DOI: <https://doi.org/10.18601/25390406.n1.01>, consultado el 28 de julio de 2020 a las 10:00 am.

Colonomos, Ariel y Armstrong, Andrea, “German reparations to the jews after World War II: a turning point in the history of reparations”, en *The handbook of reparations*, Pablo de Greiff (editor), *The International Center for Transitional Justice*, Oxford University Press, 2006, pp. 390 – 419.

Dvořáková, Vladimíra y Kunc, Jiří, “Los desafíos de la transición checoslovaca”, en *Revista de Estudios Políticos - REP*, núm. 95, enero-marzo de 1995, España, en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=252&IDA=17077> consultado el 22 de julio de 2020 a las 9:40 am.

Henao, Juan Carlos, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado” en *La responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde?*,

Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2015.

Hernández Silva, Aida Patricia, “La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?” en *Revista de Derecho Privado* No. 14, Universidad Externado de Colombia, 2008, en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554/524> revisado el 29 de agosto del 2017.

Lira, Elizabeth, “Policy for human rights violation in Chile”, en *The handbook of reparations*, Pablo de Greiff (editor), *The International Center for Transitional Justice*, Oxford University Press, 2006, pp. 55-101.

Mejía Azuero, Jean Carlo, “Un acercamiento al establecimiento de los tribunales internacionales modernos”, en *Revista Prolegómenos*, Vol. 12, num. 23, 2009, doi: <https://doi.org/10.18359/prole.2505>

Leroux de Belaunde, Christine, “Jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa en Francia”, en *Revista Themis*, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 47 – 51, disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewign7qxloztAhWnVN8KHSExBGQQFjABegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fthemis%2Farticle%2Fdownload%2F10510%2F10982&usq=AOvVaw1Grfl3j7OahYVDnqKqK0p6>

Ospina Garzón, Andrés Fernando, “El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar lento de la función contenciosa de la Administración” en *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho administrativo*, Tomo III, Julián Andrés Pimineto Echeverri (editor), Universidad Externado de Colombia, 2019.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, “La justicia administrativa para la paz o los “medios de control” para la paz”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo. El Derecho administrativo para la paz*, Tomo II, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2016.

Peláez Gutiérrez, Juan Carlos, “Los límites de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Juan Carlos Henao y Andrés Ospina Garzón (Editores), Universidad Externado de Colombia, 2015.

Pimiento Echeverri, Julián Andrés, “Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, Numero 36, Universidad de los Andes, junio, 2016, <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14>

Ramírez Gómez, Mauricio Andrés, “Costo de transacción y estrategia corporativa”, en *Revista Forum Doctoral*, No. 1, julio – diciembre de 2008, Universidad Eafit, en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiv-oPE1KXrAhXpt1kKHeLrCG0QFjAVegQICRAB&url=https%3A%2F%2Fpublicaciones.eafit.edu.co%2Findex.php%2Fforum-doctoral%2Farticle%2Fdownload%2F2754%2F2566%2F&usg=AOvVaw2hCvsO7gQ1P5hzXbsIJCIN> consultado el 18 de agosto de 2020 a las 4:00 pm.

Rincón Córdoba, Jorge Iván, “Capítulo III: procedimiento administrativo sancionatorio, Comentarios del capítulo”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Comentado y concordado*, 2ª Ed., José Luis Benavides (editor), Universidad Externado de Colombia, 2016.

Santaella Cuberos, María Juliana, “El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad pre contractual y contractual del Estado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, nº 19, 2018, pp. 291 - 315 doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.12>

Santaella Quintero, Héctor, “Comentarios del Título V. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado*, 2ª edición, José Luis Benavides (editor), Universidad Externado de Colombia, 2016.

Santaella Quintero, Héctor, “Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la Administración de una transición constitucionalmente impuesta” en *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2014.

Torres Calderón, Leonardo Augusto, “Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana”, en *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, Vol. 4 num. 1, 2002, pp. 130 – 142.

DOCUMENTOS OFICIALES

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, “*El mecanismo de extensión de jurisprudencia: análisis de su naturaleza, trámite y aplicación*”, documentos especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, junio de 2017, en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_final_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf consultado el 8 de agosto de 2020 a las 7:00 am.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, “*Memorias 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 Reforma, Parte A: artículos 1º a 142”*.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2069 de 16 de febrero de 2012.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2166 de 24 de julio de 2013.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *“Las Sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia”*, 2014.

Consejo Superior de la Judicatura, Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, *“Estado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. I semestre de 2017”*, Bogotá, 2017, p. 2, en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670313/2017+Estado+de+I+Jurisdicción+Contencioso+Administrativo.pdf/a279cd75-8984-454d-9999-02a82a1d71cb>, consultado el 7 de julio de 2020, a las 7:00 am.

Corte Constitucional, comunicado No. 35 de 26 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2035%20del%2026%20de%20agosto%20de%202020.pdf>

Fedesarrollo, Comisión del Gasto y la Inversión Pública, Informe Final, Bogotá, diciembre de 2017, p. 161, en:

<https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/LIB2017COMISION.pdf>

consultado el 8 de julio de 2020, a las 11:00am.

Policía Nacional Dirección Antinarcoóticos, “*Procedimiento de atención de quejas por aspersion*”, Observatorio de Drogas de Colombia, en:

<http://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/pecig/PECIGatencionQuejas.pdf>

Rama Judicial del Poder Público, “*Informe al Congreso de la República 2003 - 2004*”, en:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1468683/POLITICAS+DE+REO+RDENAMIENTO%2CDESCONGESTION.pdf/0e505a2c-b79e-43f1-b222-07269bb0482b>,

consultado el 7 de julio de 2020, a las 7:20 am.

Rama Judicial del Poder Público, Consejo Superior de la Judicatura y Corporación Excelencia en la Justicia, “*Resultados del estudio de tiempos procesales*”, Tomo I, Bogotá, Colombia, 2016. p. 207. En:

https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0,

consultado el 7 de julio de 2020, a las 7:05 am.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, en sentencia C-710 de 2001

Corte Constitucional, sentencia C-459 de 2004

Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2006

Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2008

Corte Constitucional, sentencia T-722 de 2008

Corte Constitucional, sentencia C-793 de 2009

Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011

Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011

Corte Constitucional, sentencia SU-254 de 2013

Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2013

Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014

Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014

Corte Constitucional, sentencia C-161 de 2016

Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de julio de 2013, expediente 11001-03-24-000-2003-00129-01

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 45635.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 28 de agosto de 2014, expediente 51628

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 8 de mayo de 2015, expediente 26137.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de junio de 2017, expediente 18860.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Subsección B, sentencia de 4 de septiembre de 2017, expediente 51295

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Subsección A, sentencia de 21 de junio de 2018, expediente 53292

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B,
Sentencia de 5 de marzo de 2020, expediente 63929.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Subsección B, Sentencia de 24 de enero de 2019, expediente 56438