FACULTAD DE DERECHO

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA CONTRA PARTICULARES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Alejandro Escobar Henao

Monografía derivada de proyecto de investigación,
presentada como requisito parcial
para optar al título de:
Abogado

Asesor: Beltrán de Jesús Restrepo Arredondo

Universidad Cooperativa de Colombia

Facultad de Derecho Medellín

Programa de Derecho

Medellín, Colombia

2021

Resumen:

La Acción de Reparación Directa como medio de control permite indemnizar a las personas en virtud de la responsabilidad extracontractual en que haya incurrido el Estado. Por ende, esta monografía estudia su ejercicio a partir de las características generales, sus inicios como medio de control autónomo y su aplicación en Colombia entendiendo su finalidad, los fundamentos de la responsabilidad y los elementos procesales, para finalmente abordar la novedosa propuesta de ser promovida por las entidades estatales en contra de particulares.

Por lo que, el objetivo general consistió en analizar la naturaleza jurídica del ejercicio de la acción de reparación directa contra particulares por parte de las entidades públicas, para determinar las condiciones de su utilización por parte de las entidades estatales, contribuyendo a la generación de insumos para la defensa jurídica de éstas.

El documento se divide en dos acápites: Capítulo 1: la naturaleza jurídica del medio de control de la acción de reparación directa en Colombia y; Capítulo 2: la reparación directa contra particulares del daño causado a las entidades públicas. Lo anterior, producto de la metodología de naturaleza cualitativa, enmarcada en el método dogmático con enfoque hermenéutico, soportada en la revisión documental como método por excelencia para la recolección de información en las investigaciones jurídicas.

Palabras Clave:

Derecho administrativo, reparación directa, corrupción de particulares, entidades públicas.

Abstract:

The Direct Remedy Action is the means of control that allows to compensate the persons by virtue of the non-contractual liability incurred by the State. Therefore, this monograph studies its exercise based on its general characteristics, its beginnings as a means of autonomous control and its application in Colombia understanding its purpose, the foundations of responsibility and procedural elements, to finally address the novel proposal to be promoted by state entities against individuals for acts of corruption.

Its general objective was to analyze the legal nature of the exercise of direct reparation action against individuals by public entities, to determine the conditions of its use by State entities, contributing to the generation of inputs for the legal defense against acts of corruption.

The document is divided into 2 chapters: Chapter 1: the legal nature of the means of control of the direct reparation action in Colombia; Chapter 2: direct reparation against individuals for damage caused to public entities. The above, product of the methodology of qualitative nature, framed in the dogmatic method with hermeneutic approach, supported in the documentary review as a method par excellence for the collection of information in legal investigations.

Keywords:

administrative law, direct repair, corruption of individuals, public entities.

Introducción

Es menester recordar que, todas las actividades desarrolladas por el Estado colombiano están encaminadas al cumplimiento en la prestación de servicios, por lo que toda actividad se manifiesta mediante actos o hechos, lo cual debe cumplirse con estricta sujeción al ordenamiento constitucional y legal. (Hincapié, 2019)

Lo anterior se enuncia para indicar que, la actividad que desarrolla el Estado está limitada por dos principios: el de legalidad, en tanto, toda la actuación del Estado está sometida al ordenamiento jurídico que la regula, conforme lo establecen los artículos tercero y cuarto de la Carta Política de 1991. Además, del principio de responsabilidad, el cual impone la obligación de indemnizar al perjudicado cuando su actuación no se ajusta a la legalidad o cuando a pesar de estarlo, con ella se causa un perjuicio, tal y como lo mandan los artículos sexto y noventa constitucionales. Ambos principios, a su vez, son las garantías para la protección del administrado, del ciudadano. Puesto que, el incumplimiento conlleva que el acto sea declarado nulo y a que la administración asuma las consecuencias de ello, por lo que sea declarada la responsabilidad.

La efectividad de esos principios que desarrollan garantías para los ciudadanos frente a la actuación del Estado se obtiene mediante el ejercicio de los controles, los cuales hacen que la actividad administrativa se cumpla en el marco de la legalidad existente o que se

someta a las sanciones derivadas que le es propia. Lo que implica que, los controles puedan ser: políticos, sociales o jurídicos. (Hincapié, 2019)

Para efectos del presente documento, se abordará lo correspondiente a los controles jurídicos, los cuales se manifiestan por dos vías. El primero, ejecuta el ejercicio de los recursos ante la misma administración, según lo instituido por el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011. La segunda, acudiendo al ejercicio de las acciones contencioso administrativas denominadas por la normativa vigente como medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa. (Código de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, Ley 1437, 2011)

Dichos controles jurídicos, tienen como objetivo, la primacía de la legalidad y el sometimiento a las normas que rigen en cada actuación, además, de preservar y restablecer el derecho subjetivo que haya sido vulnerado o esté amenazado. Las pretensiones contenciosas, permiten a la ciudadanía acudir ante los jueces administrativos para obtener un pronunciamiento ante el ejercicio de la actividad estatal, desarrollada mediante actos, hechos omisiones u operaciones administrativas, procurando extraer del ordenamiento aquellos actos administrativos expedidos con su violación y resarcimiento de los perjuicios, en los casos en que esa actividad implicó un perjuicio patrimonial. Además, estas pretensiones permiten obtener directamente indemnización de perjuicios cuando un hecho, omisión u operación administrativa ha causado el daño antijuridico. (Corte Constitucional, C-644, 2011)

Por ende, el medio de control o pretensión de la reparación directa permite, que quien recibiera un daño antijurídico o un perjuicio en desarrollo de la actividad y fines del Estado, originado en un hecho, omisión u operación administrativa, pueda activar directamente la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en aras de que sea resarcido el mismo. La cual, está regulada en el artículo 140 del Código de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo (Código de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, Ley 1437, 2011).

Es decir, que la pretensión de reparación directa es un mecanismo para las personas afectadas por una operación, omisión o hechos administrativos del estado cuyo fin es obtener una reparación o resarcimiento económico o simbólico. Ante lo cual, la victima afectada, cuenta con un término de 2 años desde la ocurrencia del hecho. (Higuita, 2018)

De hecho, la denominada reparación directa es una acción judicial de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible que debe ejercer directamente cualquier persona, sin distingo de persona natural o persona jurídica. Por lo tanto, es posible que la entidad pública sufra un daño antijurídico causado por la acción u omisión de un particular para obtener la reparación de los respectivos perjuicios. (Consejo de Estado, Sentencia del 2 de mayo, 2013)

Se destaca que la persona natural o entidad pública afectada con cualquier omisión, acción u operación administrativa cualquiera que sea su manifestación podrá enmarcarse en el daño antijurídico que significa aquel daño que el afectado padeció no está obligado a soportar pudiendo acudir a la pretensión de reparación directa. (Correa, 2012)

Para conseguir la reparación del daño causado por un particular al Estado existen diferentes formas como la remisión legal a la normativa civil, penal o a clausula especial de competencia administrativa. Dicha remisión, permite la reparación a la entidad pública como sujeto de derechos y obligaciones mientras que la remisión al ordenamiento penal y especial busca la reparación al Estado como una ficción jurídica en aras de proteger los intereses de la sociedad en general. (Tamayo, 2009)

En tal sentido, la historia normativa colombiana, presenta que el artículo 31 de la Ley 446 de 1998 "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991 y otras", instauró el deber de las entidades públicas de promover la acción de reparación directa cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular. (Congreso de la República, Ley 446, 1998)

Posteriormente, el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó ante el Congreso el Proyecto de Ley 234 de 1996, como producto del análisis de los antecedentes legislativos y de los estudios previos realizados. Por lo que el fundamento general de la reforma fue el de

promover la eficiencia y optimizar los instrumentos para el desarrollo de los asuntos en materia contencioso-administrativa. Sin embargo, no existe antecedente directo que justifique la inclusión del deber de las entidades públicas de solicitar la reparación del daño causado por un particular.

Mientras que, el artículo 140 del CPACA (2011) reitera el deber de las entidades públicas de promover la pretensión de reparación del daño cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular con la diferencia, respecto a la norma anterior, de la calificación del daño como antijurídico. (Ley 1437, 2011) Así lo indica en el segundo inciso:

> El Estado responderá (…) cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación (…) por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública <u>o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.</u> (Congreso de la República, Ley 1437, 2011) (subrayado fuera del texto original)

La doctrina por su parte señala lo que establece literalmente el artículo. Esto es, el deber de las entidades públicas de ejercer la pretensión de reparación directa cuando resulte perjudicada por la actuación de un particular, pero no realiza ningún estudio acerca de su finalidad o alcance, pasa exactamente lo mismo con las sentencias de la Corte Constitucional,

cuya mención al tema se ha hecho únicamente en las obiter dicta de algunas sentencias como la T-456 de 2005, la C-338 de 2006 y la T-097 de 2009.

Lo anterior, facilita la inferencia relativa a que ni los antecedentes, ni el debate legislativo, proporcionan información acerca de la finalidad y alcance de este medio de control con la pretensión de las entidades públicas de reparación del daño antijurídico que les ocasionan los particulares. Es decir, en la práctica, el ejercicio de este tipo de pretensión se ha centrado en solicitar la reparación de los daños causados a bienes del Estado por el actuar directo del particular, en mayor medida en casos con accidentes de tránsito.

Por lo tanto, esta monografía de grado formuló la siguiente pregunta problematizadora como incógnita de la realidad subjetiva, consistente en: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del ejercicio de la acción de reparación directa contra particulares por parte de las entidades públicas en Colombia?

Dicho lo anterior, para resolver la pregunta formulada, fue necesario enmarcar el cómo de la investigación a partir del objetivo general consistente en analizar la naturaleza jurídica del ejercicio de la acción de reparación directa contra particulares por parte de las entidades públicas.

Ello implicó la bifurcación en dos objetivos específicos, los cuales son: i) Describir la naturaleza jurídica del medio de control de la acción de reparación directa en Colombia y; ii) Desarrollar el concepto de reparación directa contra particulares del daño causando a las entidades públicas.

De modo que, se circunscribe en la metodología de naturaleza cualitativa, porque, parte de la subjetividad de las interpretaciones que el investigador le dio al tema de estudio, a su vez, a las interpretaciones que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y los doctrinantes han emitido sobre la acción de reparación directa contra particulares. (Lecanda & Garrido, 2002)

Por otra parte, esta monografía de investigación tiene un enfoque dogmático jurídico, el cual es llamado también investigación formalista normativa, conceptual normativa, teórica legal, o simplemente dogmática. En razón a que se estudiaron a las categorías del derecho objetivo, de manera que está basado esencialmente, en el derecho objetivo y las fuentes que lo desarrollan (Odar, 2016, P. 130).

Es importante tener en cuenta que el estudio dogmático se apunta a “la legislación y la doctrina como fuentes del derecho objetivo, y eventualmente comprendería algún precedente vinculante, en tanto, tiene similar fundamento y efectos que la legislación” (Odar,

2016, P. 133). Tal como sucede, que se analizó la norma que trae las causales y los pronunciamientos jurisprudenciales que se han hecho sobre la misma.

Como se dijo, la presente es una investigación que se circunscribe en la dogmática en materia jurídica, en la medida que trabaja con base en la ley proveniente, primordialmente, de la legislación. Además, de los estudios específicos que sobre ella realiza la doctrina. Esto quiere decir que un estudio dogmático aplica, analiza, desarrolla, cuestiona y aplica el entramado normativo y, para cumplir dicho parámetro, estudia y reconoce la normativa a partir de la elaboración de métodos y conceptos para construir y deconstruir instituciones dinamincas para contribuir en la regulación de comportamientos humanos y con ello, plantear respuestas que permitan dar solución a los conflictos de efectividad (Odar, 2016, p. 180), se menciona esto, porque, es importante aclarar que pese es dogmática también puede darle respuesta a los conflictos que la norma genera en su aplicación en la realidad.

En tal orden de ideas, es imperioso indicar que el método elegido fue el hermenéutico, para ello se partió desde la hermenéutica que significa el acto de la interpretación y que el análisis hermenéutico se enmarcó en el paradigma interpretativo comprensivo. Además, el propósito de la hermenéutica aplicada en este caso concreto es la búsqueda del sentido y alcance como experiencias subjetivas, lo que representa además un ideal y una tarea en sí mismas. Este enfoque fue delimitado en la pregunta de investigación que dio génesis a este trabajo. (Valencia & Marín, 2018, p. 59)

La técnica de recolección de datos que se utilizó para adquirir la información necesaria que lleve a las respuestas de la pregunta de investigación es la llamada revisión documental, ya que, será a través de la lectura y selección de pronunciamientos de las altas cortes como tribunales de cierre y hermeneuta de primera línea de las normas que suscitan este trabajo de grado.

Capítulo 1: La Acción de Reparación Directa en Colombia

En el presente apartado, se describe la naturaleza jurídica del medio de control enmarcado en la pretensión de reparación directa en Colombia, el cual vinculado al principio de responsabilidad estatal, el cual, se erige como uno de los postulados más importantes del estado que a partir de la Constitución de 1991 implementó las categorías de Estado Social de Derecho, responsabilidad que se define como "la obligación de indemnizar los perjuicios antijurídicos causados, de forma injusta, por el actuar del establecimiento". (Orrego, 2014, p. 39)

Dicho principio de responsabilidad originario en el derecho civil de daños, al ser institucionalizado en el Estado de derecho, tuvo vigencia en el plano del derecho administrativo. Aclarando que, la responsabilidad ha pasado por tres etapas, como lo indica Rodriguez, la etapa de la irresponsabilidad del Estado, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad creciente del Estado. (Rodriguez, 2008, p. 88)

De ahí que, sea posible considerar que uno de los orígenes mismos de la responsabilidad del Estado es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, con ocasión a la revolución francesa, al momento de incorporar el derecho a la propiedad privada, cuyo carácter sagrado e inviolable, dispone que nadie podrá ser privado de ella. Exceptuando la necesidad pública que sea legalmente comprobada, activándose la condición del derecho a reclamar una justa y previa indemnización. Esta indemnización previa del Estado frente a

la privación de la propiedad privada en la que fundamenta uno de los inicios de la responsabilidad del Estado, como fundamento epistemológico de la acción de reparación directa. (Orrego, 2014, p. 45)

De ahí que, la responsabilidad estatal integra el derecho administrativo, el cual tuvo dos etapas: la justicia retenida y la justicia delegada. Así como al hablar de la evolución del derecho administrativo se dice que el nacimiento de él, se basa en el hecho que existan normas que hagan parte de un cuerpo especial, diferentes a aquellas normas que regulan las otras áreas del derecho, es decir, que sea un cuerpo normativo aplicable al Estado, en condiciones diferenciales a las aplicadas a los particulares. (Orrego, 2014)

De modo que, a nivel histórico, la etapa inicial del Derecho Administrativo fue la etapa de la Justicia retenida; durante la cual, sostenidos en una absoluta división de poderes "los revolucionarios optaron por el mecanismo de la administración-juez facultando a la administración para resolver todos los conflictos que se suscitaran en contra de ella misma, previo concepto no vinculante, de un cuerpo jurídico denominado Consejo de Estado." (Betancur, 2011, p. 40)

> Dicha corporación, fue acogida en Colombia de la mano de Don Simón Bolívar, mediante el Decreto del 30 de octubre de 1817, posteriormente sería implementada en la Constitución de 1821 de la Gran Colombia, bajo el nombre

> de Consejo de Gobierno; luego, la Constitución de Colombia de 1830, siguiendo los lineamientos del decreto orgánico de Bolívar de 1828, le daría nuevamente el nombre de Consejo de Estado. (Orrego, 2014)

Posteriormente, indicó el maestro García de Enterría:

> Según lo anterior, la justicia retenida fue la etapa en la cual el Consejo de Estado hizo parte del ejecutivo, como tal era un simple órgano consultor de la administración, toda vez que la rama ejecutiva era quien resolvía los conflictos en contra de la misma administración. La segunda etapa la de justicia delegada se distinguió por ser aquel momento histórico en el que el Consejo de Estado dejó de ser parte de la rama ejecutiva y, gracias a la Ley del 24 de mayo de 1872 del Estado Francés, pasó a formar parte de la rama judicial, convirtiéndose en un órgano autónomo, externo a la administración, encargado de resolver los conflictos que se suscitaran en contra del Estado. Así las cosas, el Consejo de Estado dejó de ser considerado como un mero órgano consultor, y pasó a ser un real Tribunal de Justicia. (García de Enterría, 2005)

Esta etapa de la justicia delegada a su vez tuvo una fuerte influencia a partir de la aparición de varios fallos ítems de la jurisdicción contencioso-administrativa, como es el caso del

famoso fallo Blanco, en el cual se concluyó que la actividad de la administración ha de regirse por normas diferentes a las que se aplican en las relaciones entre particulares. (Long, 2009)

Frente a la etapa de la irresponsabilidad del Estado cabe resaltar que dicho nombre hace mención, no a que no había lugar a la indemnización de los perjuicios antijurídicos causados a una persona determinada; sino que se refiere a que durante dicha etapa, ni el Estado, como persona jurídica de derecho público, ni sus entidades descentralizadas, eran responsables por los perjuicios ocasionados por sus funcionarios, por lo que dichos daños debían ser reparados por los mismos funcionarios, haciendo los pagos de su propio patrimonio, pero sin tocar jamás el patrimonio público.

En este punto, estamos haciendo referencia a la responsabilidad administrativa o responsabilidad civil del Estado, la cual en la actualidad sí afecta al patrimonio público, quedando el ente público facultado para hacer el recobro de los dineros pagados por efecto de la indemnización de perjuicios, a través de la acción de repetición en contra del servidor público que por culpa grave o dolo generó el daño. Y se hace esta aclaración toda vez que, en el contexto del ejercicio de la actividad administrativa pueden surgir muchas clases de responsabilidades que sí son predicables únicamente de la persona natural que la realiza, como es el caso de la responsabilidad penal, la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad fiscal y la responsabilidad política.

En este evento de la etapa de irresponsabilidad del Estado se debe tener presente que la responsabilidad del Estado sólo era predicable frente a los actos de gestión, es decir, en aquellos eventos en los cuales el Estado actuaba en un nivel de coordinación con los particulares, como sería el caso de la contratación estatal; pero no era predicable en aquellos casos en los cuales el Estado actuaba en su calidad de tal, es decir, cuando emitía actos de poder. (García de Enterría, 2005)

De otra parte, si bien el desarrollo histórico de la responsabilidad del Estado ha seguido por lo general la misma línea en los Estados de occidente, la etapa de la responsabilidad del Estado no ha tenido el mismo período de duración, toda vez que ésta etapa se puede considerar que culminó en Francia con la aparición del fallo Blanco antes mencionado en el año de 1873, pero en otros países, como el caso de Inglaterra, duró hasta muy entrado el siglo XX, teniendo como punto de quiebre el año de 1947. (Leguina, 2000)

La siguiente etapa consistente en la responsabilidad del Estado, como se dijo antes, tuvo su origen en el derecho francés, en donde se consideraba que el Estado sí era responsable de los perjuicios ocasionados por el actuar de sus funcionarios, ya fuese a través de actos de gestión o a través de actos de poder, pero sólo en aquellos casos en los cuales la ley de forma expresa consagrara dicha responsabilidad.

Respecto De La Responsabilidad Patrimonial Del Estado, los elementos cuya acreditación resulta necesaria para que proceda la declaratoria de la responsabilidad del Estado con base en cualesquier régimen o título de imputación son: i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado o determinable, que se inflige a uno o a varios individuos y; ii) una conducta, activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, esto es, que el daño se produzca como con-secuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionado. (Gil B, 2013)

De acuerdo a esta ilustración, queda claro entonces, que la privación injusta de la libertad con fines de tipificar la responsabilidad, no se da por el simple hecho de restringir de su derecho de la movilidad a una persona, para que se configure una real reparación, es necesario que la detención arbitraria cumpla los apartados del inciso anterior, es decir, que se produzca un daño, pero que ese daño deje secuelas evidentes en la persona que habito en el centro reclusorio, y que esas secuelas se deriven de una omisión o acción directa del Estando. En otras palabras, la persona detenida, en aras de aspirar a una indemnización, debe demostrar la culpa o el dolo por parte del funcionario o del órgano estatal que promulgo su detención.

En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en el artículo 90, se soporta única y exclusivamente en los dos elementos de daño antijurídico e imputación entendida esta última como atribución de la respectiva lesión, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad estatal. Ciertamente, el actual

mandato constitucional es no solo imperativo ya que ordena al Estado responder, sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas, sean precontractuales, contractuales o extracontractuales. (Consejo de Estado, 1995)

La Cláusula del daño al que se refiere el artículo 90 de la constitución es clara al expresar que, a este tema, se le adjudican 2 subtemas importantes, los cuales son: lo que se entiende por daño y lo que se entiende por imputabilidad. el daño se refiere a la actuación del Estado, que sin importar el escenario en que proceda, afecta gravemente a un individuo, en los aspectos de su vida, ya sea moral, económico, familiar, etc., y no hay justificación que respalde esa privación, y el otro subtema es la responsabilidad que se desprende del actual doloso o culposo de los funcionarios del Estado, delimitado ese actuar, como cualquier modalidad que utilice el estado para causar perjuicios incluyéndose hasta lo que deja de hacer, en pro del aglomerado social.

Emergiendo un poco a la historia, es interesante ver que en Colombia el camino hacia la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones en las que pueden incurrir sus agentes, no ha sido ajeno, como se indicó antes, a los efectos que trajo consigo las revoluciones burguesas: la inglesa, la norteamericana y la francesa, que propiciaron la decadencia o extinción de los principios divinos y hereditarios que ostentaban el poder político y, el surgimiento de la soberanía inicialmente en la Nación y luego en el pueblo cuando el principio democrático se ligó directamente con el mismo.

Por otra parte, respecto la responsabilidad civil subjetiva parte de un acto antijurídico que, causando un daño, ha de ser reparado. El carácter subjetivo es el hecho de que el criterio de imputación subjetiva se basa en la culpabilidad del autor (Irisarri, 2000). Mientras que, la responsabilidad objetiva se caracteriza por prescindir del requisito de la infracción como punto de partida y por no recurrir a la culpabilidad como criterio de imputación subjetiva. La primera de las características es que establece como indemnizable cualquier daño, aunque provenga de un acto perfectamente normal, legal y jurídico. La segunda característica es la relación de causalidad entre el acto y el daño.

De esta forma, las normas de responsabilidad civil objetiva imponen la obligación de reparar los daños que se produzcan como consecuencia de los riesgos de determinadas actividades, con independencia de la diligencia del agente.

El daño es la razón de ser de la responsabilidad, de ahí que sin éste no pueda verificarse o cuantificarse, todo esfuerzo para semejante declaratoria judicial, será en vano, pues cierto es, que no existe responsabilidad sin daño. (Henao, 2007)

Incluso a raíz de las teorías para la verificación de elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, como aquella referida a la teoría de las cargas dinámicas, según la cual la prueba de la falla puede estar a cargo de aquella parte que se encuentre en mejor posibilidad de evacuarla, lo mismo ocurre con la probabilidad de la existencia del nexo

causal, en los eventos en que el juez pueda valerse de ciertas circunstancias que lo dan, por cierto.

Continuando lo relacionado a la acción de reparación directa, agrega un aspecto importante relacionado con los demás sujetos que deben concurrir con la entidad a responder de los perjuicios y es el de señalar la obligación del juez de resolver en la sentencia sobre la forma y en qué deben contribuir en la reparación del daño, pues ordena que en todos los casos en los que en la causación del daño estén involucradas particulares y entidades públicas en la sentencia, se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia. Tal obligación, se deberá cumplir con el respeto del debido proceso y el derecho de defensa de los particulares y entidades publicas que deben concurrir, las cuales deben estar debidamente vinculadas al proceso.

Por otra parte, la redacción novedosa respecto a la responsabilidad derivada de la ocupación de bienes inmuebles por razón de trabajos públicos, o por cualquiera otra causa, expresión que es mas comprensible de todas las posibles ocupaciones que pueden darse de los bienes particulares, sin que el propietario tenga obligación legal de soportarlo.

De conformidad con el artículo 140, la persona interesada puede demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa

de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Lo que significa que la persona no está obligada a acudir ante la jurisdicción de lo contencioso por las actuaciones señaladas en el artículo 86 del anterior código, acudir a una conciliación extrajudicial con la entidad que se considera responsable de los perjuicios causados.

En efecto, acorde con lo establecido con el numeral primero del artículo 161 del CPACA, cuando el asunto sea conciliable es obligatorio antes de demandar a la administración por las actuaciones señaladas en el artículo 140, acudir al adelantamiento de una conciliación extrajudicial con la entidad o persona que se considera responsable de los aspectos causados.

Entre otras cosas, la acción de reparación directa es la típica responsabilidad extracontractual, derivada de la actividad de la administración, cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 90 superior y que se genera cuando con un hecho, una omisión, una operación administrativa afecta el patrimonio de un particular, que comprende tanto la responsabilidad ordinaria, como la especial o indemnización por trabajos públicos. Dicha distinción tiene importancia en cuanto a que, la responsabilidad ordinaria admite exoneración de la responsabilidad de la entidad pública por existencia de fuerza mayor, culpa de la victima o el hecho de un tercero, en cambio, la responsabilidad por trabajos públicos es objetiva y no admite exoneración.

Finalmente, debemos precisar que para que pueda hablarse de falla en el servicio que comprometa la responsabilidad es necesario que confluyan los siguientes elementos:

Una falla en el servicio, que puede ser por acción u omisión o por la prestación de defectuosa o tardia del servicio. Un daño causado al particular en su persona o en sus bienes. Relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño ocasionado.

En la responsabilidad por falla en el servicio se sigue el concepto de culpa, distinto a la responsabilidad objetiva donde no se mira el aspecto subjetivo, sino que, producido el daño, se origina la responsabilidad sin posibilidad de exoneración, como ocurre en la responsabilidad por actividades peligrosas donde se presume la misma. La responsabilidad objetiva es excepcional, pero en ocasiones el mismo legislador la prescribe como ocurre en las operaciones cambiarias para el sistema financiero.

Igualmente, se distingue la falla presunta de la responsabilidad objetiva como en los servicios médicos, donde se sigue teniendo aplicación la responsabilidad por la falla en el servicio, pero donde solo uno de los tres elementos de la responsabilidad se presume, no así el daño y la relación de causalidad. El actor debe demostrar en la falla presunta el daño y que el mismo fue producido como consecuencia de la intervención médica y el demandado puede demostrar que actuó con diligencia y cuidado en la actividad que desarrolló, con lo cual se libera de responsabilidad.

En tal sentido, mediante la acción de reparación directa se busca exclusivamente la indemnización del daño causado a la persona o sus bienes con ocasión de la realización de la

actividad de la administración, ya sea por un hecho, una omisión, o una operación administrativa. No implica ningún pronunciamiento previo sobre la legalidad de una actuación, sino, la existencia de un daño antijurídico.

Es decir, de un detrimento en el patrimonio de la persona afectada que no está obligado a soportar. De ahí que el artículo 90 constitucional establezca la cláusula de responsabilidad estatal por los daños antijurídicos que le sean atribuibles. Ello indica que, están legitimado para ejercer la acción de reparación directa todas las personas o entidades que hayan sufrido un daño antijurídico en cualquiera de sus modalidades.

Ese daño puede originarse de un hecho de la administración como la ocupación de un inmueble, la detención injusta de una persona, la muerte causada a un particular por sus agentes o con elementos destinados a prestación del servicio, o simplemente por la deficiencia retardo o mala calidad del servicio. En estos eventos, habrá que determinar dentro del cual, de las fuentes de responsabilidad se ubica el hecho, ya sea responsabilidad objetiva, por el daño especial, o responsabilidad por actividades peligrosas.

En la legitimación, como aptitud otorgada por la ley para que una persona reclame frente a otra el reconocimiento de su derecho, por ello es relevante distinguir los eventos que podrían generar confusión ya que tanto propietario como poseedor o tenedor están legitimados para demandar el pago del perjuicio causado, pero cada uno tiene una fuente diferente de responsabilidad y una legitimación precisa.

Sobre lo relativo a la legitimación en la causa por activa a los ojos del presente documento es obvio recalcar su hipótesis relativa a que las entidades públicas sean quienes ostenten esa calidad tal como lo indica el especifico artículo 140 de CPACA que avoca la acción de reparación directa promovida por las entidades públicas con la pretensión del pago de perjuicios a su favor, cuando resulten afectadas por la actuación de un particular que las haya causado en ejercicio de funciones administrativas.

No obstante, siempre se debe tener en cuenta la necesaria carga argumentativa por parte del demandante a nivel procesal ya que, la falta de legitimación en la causa el juez administrativo podría decidir de fondo absolviendo al demandado ya que esta no da lugar a que se dicte sentencia inhibitoria y no tiene que ver con ningún presupuesto formal de la demanda sino con un presupuesto material de la sentencia, (hincapié, 2019).

En lo relativo a la caducidad de la acción, la acción de reparación directa tiene una caducidad de dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción del causante del daño o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia, de conformidad con el numeral 2° literal I del artículo 164 del CPACA. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

Mientras que las actuaciones por las que procede conforme al artículo 140 del CPACA, definidos como hechos, operaciones administrativas, omisiones u ocupaciones

temporales o permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos o de cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de esta.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha extendido en las actuaciones sujetas a la reparación directa, como lo es: i) obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma declarada inexequible; ii) para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo revocado por la administración, etc.

En este último sentido, el consejo de estado indicó que, la responsabilidad extracontractual solo puede provenir de hechos, omisiones, operaciones administrativas, operaciones temporales o permanentes por trabajos públicos. Igualmente devenir de la declaración administrativa o judicial de la diligencia de los actos, revocatoria o nulidad respectivamente.

Respecto a lo anterior, recientemente la sección tercera del consejo de estado indicó que, si bien este tipo de perjuicios derivados de actos administrativos que el estado revoca directamente, deben repararse mediante la acción de reparación directa con un término de 4 meses siguientes a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto de revocatoria. Pues ese es el termino, en que caduca la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Argumentó el consejo que seguir permitiendo que tales perjuicios se sometieran al termino ordinario de 2 años, que se dispone para el ejercicio de la acción de reparación

directa, abre la puerta para que los particulares burlen los términos procesales y se aprovechen de su propia negligencia.

En lo relativo a los poderes del juez, si se encuentra en la sentencia acreditada la responsabilidad de la entidad, debe condenar al pago de los perjuicios causados, con actualización o indexación de las sumas por pagar utilizando para ello, las fórmulas matemáticas o actuariales que representen una verdadera indemnización. La jurisprudencia del consejo de estado, en esta materia ha dado ejemplo al procurar en sus fallos reconocer una indemnización integral a las víctimas o a sus herederos.

Respecto a la decisión en la sentencia sobre indemnización, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, trae una regla para la valoración de los daños por parte del juez, la cual debe ser integral.

Mientras que, en lo relativo a la intervención de terceros, en los procesos originados en las acciones de reparación directa, es factible la intervención de terceros en las modalidades señaladas en el código civil y en el código general del proceso. Es decir, intervención adhesiva, litisconsorcial, ad excludendum, denuncia de pleito, llamamiento en garantía. En todo caso, la intervención como litisconsortes o terceros debe hacerse desde la admisión de la demanda y hasta antes que se profiera el auto que fija la fecha para la audiencia inicial, tal como lo señala el artículo 224 del CPACA. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

La norma en mención estableció ciertas limitaciones a estos intervinientes, ya que en el caso del coadyuvante este solo podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto que no estén en oposición con los de ésta. Sin implicar disposición del derecho del litigio.

Para los litisconsortes facultativos se tiene una limitación adicional, pues se exige como requisito que no hubiere operado la caducidad y que, además, la formulación de las pretensiones en demanda, independiente por parte de ellos, según el texto normativo citado, hubiera dado lugar a la acumulación de procesos.

El particular afectado, no está obligado a acudir previamente a que la administración le reconozca su derecho. Sin embargo, a raíz de la ley 1285 de 2009 y acorde con el artículo 161 del CPACa, quien pretenda ejercer ésta acción debe acudir previamente a solicitar conciliación extrajudicial, pues tal mecanismo constituye un presupuesto de procedibilidad de la acción de reparación directa.

Capítulo 2: La Reparación Directa Contra Particulares del Daño Causado a las Entidades Públicas

En relación con su finalidad, la acción de reparación directa contra particulares busca no solamente la indemnización sino también la reparación integral a las entidades públicas del daño causado. En este escenario las entidades son víctimas. De ahí que, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 estableciera el principio de reparación integral en los siguientes términos:

> Artículo 16: valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnico actuariales. (Congreso de la República de Colombia, 1998)

El alcance de este mandato jurídico ha sido desarrollado por diversas sentencias del Consejo de Estado en el marco de los medios de control contra la administración pública. Con base en el principio en mención, esa corporación ha concedido incluso medidas de reparación de carácter pecuniario y no pecuniario, como la publicación de las sentencias, el ofrecimiento público de disculpas o la implementación de protocolos.[1] (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2003)

[1] Para profundizar se recomienda la lectura de Sent 54046 de jun. 12 de 2017, hernan Andrade rincón, sent. 37548 de sept. 29 de 2018. Danilo Betancur.

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

> El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual también abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de: i) restitución; ii) indemnización; iii) rehabilitación; iv) satisfacción y; v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas. (Corte Constitucional, 2006)

Por otra parte, la integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación. De ahí que, en su momento, la Corte Suprema de Justicia le diera el alcance:

“El juez tendrá que ordenar al demandado la restitutio in integrum a favor del damnificado. Deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño” (2012). Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el juez tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto. Esto es, que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas y, a la forma adecuada de resarcir el perjuicio.

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

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

La prevención del daño es un concepto que usualmente se usa en las esferas del derecho administrativo, constitucional y penal. Sin embargo, con la inclusión del concepto

de reparación integral y, dentro de éste, el de la noción de garantías de no repetición, la prevención del daño también puede aplicarse como una finalidad en el ejercicio de la pretensión de reparación directa contra particulares.

La prevención del daño antijurídico busca que el particular no realice de nuevo aquella conducta que afectó a la entidad pública y para lograrlo, es posible valerse de decisiones judiciales en las que condenen al particular no sólo a la indemnización del daño, sino a la realización de sanciones ejemplarizantes que lleven a la no repetición de la conducta causante del daño. (Ministerio del Trabajo y de la Protección Social, 2018)

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

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

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

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

Considerar que, el particular puede dañar al Estado hace parte de la evolución de la responsabilidad extracontractual en lo contencioso administrativo de la misma manera que en su momento, lo fue la idea que, el Estado podía causar daño. Fue el derecho civil, el que suministró los insumos para desarrollar la teoría de la responsabilidad extracontractual que se requería en ese momento. (Corte Constitucional, 2011)

Cuando un particular ocasiona un daño a terceros, el Estado como institución, tiene la obligación de garantizar que ese particular repare el daño causado. Ahora, cuando el

particular daña directamente al Estado representado en sus entidades públicas, nada obsta para que sean aplicadas a favor de estas últimas las mismas reglas de reparación de los perjuicios que operan entre los particulares.

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

La existencia de la norma significa un beneficio mayor para la sociedad, pues al compensar el particular el daño causado al Estado se maximiza de forma indirecta el bienestar general. De modo que, la responsabilidad extracontractual, en términos de Andrea Boggio "refleja la interacción dinámica de fuerzas sociales, culturales y económicas que determinan las trayectorias institucionales en la práctica del derecho y la convergencia de culturas jurídicas" (Boggio, 2013). En este caso, dada la desmesura de los particulares, es legítimo acoger esta teoría en procura de conservar los bienes públicos del Estado.

Ahora bien, el concepto de antijuridicidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, cubre únicamente las actuaciones del Estado. Es decir, plantea un modelo de responsabilidad mono direccional, del Estado Frente al particular.

Mientras que, el artículo 140 del CPACA (2011), complementa la ecuación al establecer que la reparación también podrá operar del particular hacia el Estado cuandoquiera que éste sea quien sufre el perjuicio y aquél quien lo causa. Así, el concepto de antijuridicidad implica, por una parte, una noción tradicional, entendida como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo y, por la otra, una noción finalista enfocada a apreciar el daño no desde su causante, sino desde el perjudicado. (Ley 1437, 2011)

Ahora bien, ¿los criterios de responsabilidad para juzgar el comportamiento de los particulares deberían fundamentarse en el derecho civil?, puesto que, la cláusula general de responsabilidad extracontractual del particular respecto del Estado encuentra su fundamento en el artículo 2341 del Código Civil:

Artículo 2341: el que ha cometido un delito o culpa, que, a inferido daño a otro, es obligado a indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. (Código Civil, Ley 57, 1887)

La responsabilidad se materializa mediante dos acciones: la acción de reparación directa prevista en la Ley 1437 de 2011 y, en la pretensión de reparación integral regulada en los artículos 94 y 97 de la Ley 599 del 2000, mediante la cual se expidió el Código Penal.

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

Pero incluso, las figuras del riesgo excepcional y de la falla en el cumplimiento de los deberes del ciudadano, podrían aplicar en materia de responsabilidad extracontractual de particulares frente al estado. Mientras que, el fundamento de la responsabilidad por riesgo excepcional está en el damnificado y no en el autor del daño y se sustenta en que, la reparación del daño es consecuencia de la incorporación de un elemento potencialmente dañoso y el beneficio obtenido con su utilización, que impone correlativamente la obligación de asumir la responsabilidad de reparar los daños causados.

El riesgo y el provecho están unidos en la realidad y no deben ser separados por el derecho. Si esta relación se rompe, por tolerar la ley que el causante del riesgo y beneficiario de su explotación lo transfiriese a otros, se crearía un beneficio a un particular a costa de transferir elementos de su pasivo a la sociedad. Lo anterior, generaría que existieran particulares protegidos por un régimen de responsabilidad que recorta su pasivo real por cuenta de los sujetos dañados. (Ghersi, 2013)

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

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

Lo ideal es que el deber se encuentre en una regla. En caso de que se encuentre en un principio, es necesario fijar su alcance a través de precedentes jurisprudenciales consolidados. Por lo que, entre los deberes generales cuyo incumplimiento puede ocasionar un daño a las entidades públicas están en el respeto de los derechos ajenos y no abuso de los propios, la colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia, la protección de los recursos culturales y naturales del país y la conservación de un ambiente sano.

La administración pública es susceptible de daños, ya sea por la acción o por la omisión de un particular. El daño antijurídico debe ser cierto, directo, personal y corresponder a un interés legítimo. Entre los daños que pueden sufrir las entidades públicas están los daños a los bienes corporales e incorporales, dentro del cual está el del buen nombre y el daño a la gestión administrativa.

Es decir, que por daño a la gestión administrativa se puede derivar de la actuación del particular que impide cumplir las obligaciones misionales, legales o contractuales de la entidad pública u obstaculiza el cumplimiento eficiente de cargas administrativas como la gestión contractual o la gestión de la defensa jurídica. Mientras que, el daño a los bienes corporales e incorporales puede configurarse por conductas culposas, el ejercicio de actividades peligros por conductas tipificadas como delitos cuyo sujeto pasivo es la administración pública o aquellas conductas que de manera general pueden afectar a las personas jurídicas, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio económico y de la protección de la información y de los datos.

Hasta aquí, cabe indagar sobre ¿Cuáles son los hechos u omisiones realizados por los particulares que pueden generar daño al Estado?, resolviendo que, los hechos y omisiones realizados por los particulares que generan la obligación de reparar porque causan un daño antijurídico pueden surgir de la ley o del hecho voluntario del particular.

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

i) las actuaciones imprudentes, imperitas o negligentes del particular; ii) el incumplimiento de un deber por parte del particular; iii) la actuación voluntaria del particular que obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones de las entidades públicas o afecta los bienes que hacen parte de su patrimonio, como la divulgación de información errada o falsa, la publicación y uso de documentos objeto de reserva; iv) la conducción de vehículos automotores por parte del particular o el ejercicio de actividades peligrosos y; v) la configuración de una conducta punible imputable a un particular, conductas que configuran delitos cuyo objeto pasivo es la administración pública, o aquellos delitos al patrimonio económico y de la protección de la información y de los datos.

Los ejemplos enunciados, muestran que los daños que los particulares pueden causar al Estado son tanto de carácter material como inmaterial. Entonces, en relación con la segunda categoría, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido que el perjuicio inmaterial, constituido por los perjuicios morales en principio, no puede ser pretendidos por las personas jurídicas, por cuanto su configuración está relacionada con la aflicción, la pena y el arbitramento y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido. Tal gama de sentimientos angustiosos, es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que, la persona jurídica está incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones. (Consejo de Estado, 1992)

Asimismo, definió que el daño al honor, al buen nombre, good will, probidad, reputación y a las consideraciones sociales constituyen perjuicios materiales, representados por ejemplo en la perdida de la clientela, la desventaja en el mercado, amenaza de su existencia, merma de su capacidad de acción entre otros elementos, indicando el Consejo de Estado, que:

> Los daños al buen nombre o good will deben incluirse en el concepto de perjuicios materiales, por cuanto dichos derechos, aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible, constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica, por lo tanto, si el daño producido por la entidad demandada generó un detrimento en aquellos bienes inmateriales que constituyen la noción de establecimiento de comercio, la condena deberá resarcir tanto el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecer su buen nombre, como el lucro cesante, enmarcado en lo que la persona jurídica afectada por la actuación de la entidad demandada haya dejado de percibir por el hecho dañino. (Consejo de Estado, 2012)

De acuerdo con lo expuesto, por regla general, las personas jurídicas sólo pueden sufrir perjuicios materiales. Además, la cuantía de los perjuicios debe ser validada por la entidad pública, quien es la persona jurídica que sufrió el perjuicio. A manera de ejemplo, entre los primeros causados a la entidad pública pueden estar las erogaciones en dinero en

que incurrió la entidad directamente para establecer el daño causado las que dejó de percibir en razón al daño causado.

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

Así las cosas, la responsabilidad del particular se configura cuando, éste abusó de sus derechos; al no soportar la carga que debía soportar; cuando creó un daño por una situación de riesgo y provecho; cuando no realizó la vigilancia de un buen padre de familia a las cosas y dependientes a su cargo.

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

Por otra parte, la esencia de la acción de reparación directa radica en obtener la reparación integral del daño causado a una entidad pública por parte de un particular ajeno a la funcionalidad de la entidad. Tal elemento, es el eje que la diferencia de la acción de repetición en el cual la demanda es presentada contra un agente de la entidad o un particular que cumple funciones públicas. Lo anterior, no obsta para entender que, entre el ejercicio de estos dos medios de control, pueden concluir en la recuperación de dineros públicos. Sin embargo, es imperioso resaltar que la pretensión de reparación integral tiene un alcance mayor a la indemnización.

Por lo que, su justificación es debido a la víctima que es la entidad pública y tiene su razón jurídica y doctrinal del deber de reparación a cargo del particular, en coherencia con los propósitos y finalidades que tiene el ordenamiento civil. El inciso tercero del artículo 140, emana del régimen del ordenamiento civil, por lo que sus propósitos y finalidades es por el deber reparatorio de los particulares que se justifica por el desconocimiento o violación de la convivencia social, que devienen del artículo 95.1 de la Constitución.

Lo que genera una fuente de obligaciones a la luz del Código civil, en relación del particular con sus víctimas y la obligación de reparar, que se encuentran en los artículos 2341 a 2360 como sustrato normativo, reglas y principios para lograr determinar la forma en que el juez contencioso administrativo debe aplicar esas bases cuando sea ejercitada la reparación directa ante un particular.

Conclusiones:

La pretensión de reparación directa contra particulares, a nivel operativo está incorporada en el inciso tercero del artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como una clásica acción de responsabilidad civil de los particulares en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa. Por lo que, las administraciones podrán reclamar por los daños causados por el accionar de un particular, trasladando el juez del daño al contencioso.

El particular en estos casos no es el mencionado en el inciso segundo del artículo 140, puesto que la referencia que ahí hacen es propia para referir al particular que tiene un vínculo con la administración, el cual es inescindible que pende de carácter jurídico con la entidad estatal, que en caso del daño se asume como el daño de la entidad pública. El inciso segundo, se refiere a cualquier particular que tenga un suceso con la administración y le cause un perjuicio a la administración. De ahí que, no sea un agente público, sino un simple particular en términos castizos que se rige en sus acciones y omisiones del derecho privado.

Por lo tanto, las situaciones generadas por el particular en vista que no tiene un vínculo con la administración estarán entonces vinculadas al deber de reparar el daño causado, dependiendo del régimen sustancial civil, que no se pierde. Lo que se modifica es

el juez natural que conoce la acción. Sin duda alguna, el particular se regirá en el ordenamiento civil por parte del juez administrativo.

Lo cual, está respaldado por las voces jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en los casos específicos donde el traslado realizado a la jurisdicción administrativa mediante el medio de control de la reparación directa, que no deja perder la esencia del régimen jurídico aplicable propio del derecho civil, siendo entonces una acción de responsabilidad civil en manos de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Para concluir, es posible afirmar que al momento que el legislador plasmó en el espíritu de la ley la naturaleza jurídica del inciso tercero del artículo 140 del CPACA, a partir de un entendimiento sistemático de las razones constitucionales y legales de la responsabilidad civil extracontractual de los particulares, un mecanismo contencioso especial con características propias unido al principios y reglas de la responsabilidad civil y el código civil, no del artículo 90 constitucional. El inciso tercero cambia el escenario, en tanto que a quien se juzga es al particular y no se le pueden aplicar las categorías del daño antijurídico sino de actuaciones subjetivas de la culpa y el dolo, tramitado ante la puerta de la reparación directa.

Desde la perspectiva sustancial, se observa un abandono a las típicas estructuras del estado, en la medida que quien responde no es la administración propiamente, sino un particular, porque es un particular el victimario que ocasiona el daño antijuridico.

Referencias Bibliograficas

Betancur, C. (2011). *Derecho Procesal Administrativo.* Medellín: Señal Editora.

Boggio, A. (2013). ¿a que nos referimos cuando hablamos de responsabilidad extracontractual?: una aproximación sociojuridica al derecho de la responsabilidad. En varios, *estudios sobre los fundamentos filosifocos-juridicos de la responsabilidad civil extracontractual.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1998). *LEY 446 "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas".* Bogotá: Diario Oficial No. 43.335 de 8 de julio de 1998.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.".* Bogotá: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

Consejo de Estado. (1992). *Sentencia del 21 de febrero, Sección Tercera, C.P.: Jaime Abella Zarate, sentencia 3626.* Bogotá: Gaceta del Consejo de Estado.

Consejo de Estado. (2012). *Sentencia 24991 del 16 de agosto, Seccion Tercera , C.P.: Mauricio Fajardo Gomez.* Bogotá: Gaceta del Consejo de Estado.

Consejo de Estado. (2017). *Sentencia del 24 de mayo, rad 48388, Sección Tercera. M.P.: Martha Nubia Velasquez Rico.* Bogotá: Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Seccion primera. (2013). *Sentencia del 2 de mayo, radicado 25000-23-41-000-2012-00260-01.* Bogotá: Relatoría del Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2003). *Sentencia 25981 del 24 de octubre, C.P.: Jaime Orlando Santofimio.* Bogotá: Gaceta del Consejo de Estado.

Correa, R. (2012). *Análisis Sistemático de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Corte Constitucional. (2006). *sentencia de constitucionalidad C-454 M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-5978.* Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia de Constitucionalidad C-644.* Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia de Constitucionalidad C-644, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.* Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.

Corte Suprema de Justicia. (2012). *Sentencia del 18 de diciembre, Sala de Casación Civil, Exp. 05266-31-03-001-2004-00172-01. M.P.: Dr. Ariel Salazar Ramirez.* Bogotá: Gaceta de la Corte Suprema de Justicia.

Fabra, J. (s.f.). *Estudio introductorio, estado del arte de la filosifica de la responsabilidad contractual.*

García de Enterría, E. (2005). *la responsabilidad del Estado legislador en el derecho español.* Madrid: Civitas.

Ghersi, C. (2013). *Teoria General de la Reparaciónde Daños.* Buenos Aires: Astrea.

Henao, J. (2007). *el daño: analisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y frances.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Higuita, L. (2018). *Guia Practica de derecho constitucional y administración pública.* Medellín: Diké.

Hincapié, J. (2019). *Derecho Procesal Administrativo.* Medellín: Colombia.

Lecanda, R., & Garrido, C. (2002). *Introducción a la metodología de investigación cualitativa.* Madrid: Psicodidactica Paper.

Leguina, J. (2000). *origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado.* Mexico df: UNAM.

Long, M. (2009). *les grands arréts de la jurisprudence administrative.* París: Editions Dalloz.

Ministerio del Trabajo y de la Protección Social. (2018). *Resolución número 3980, por la cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico del año 2018.* Bogotá: Diario Oficial.

Odar, R. (2016). Tipologias de las Investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 4-37.

Orrego, G. (2014). *Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.* Medellín: Funlam.

Rodriguez, L. (2008). *derecho administrativo general y colombiano.* Bogotá: Temis.

Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual.* Bogota: Legis.

Valencia G, J. F., & Marín G, M. S. (2018). Investigación teorica, dogmatica, hermeneutica y empirica de las ciencias jurídicas. *Ratio Juris*, 17-26.