

**ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD EN EL
DERECHO CIVIL Y EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL
ESTADO**

LADY AIRENSA MEZA PANTOJA

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ, D.C.
2010**

**ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD EN EL
DERECHO CIVIL Y EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL
ESTADO**

LADY AIRENSA MEZA PANTOJA

**Ensayo para optar al título de
Especialista en Contratación Estatal**

**Director
JUAN CARLOS GALLEGO
Abogado**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM
ANÁLISIS EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ, D.C.
2010**

CONTENIDO

| | Pàg |
|---|-----|
| RESUMEN | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| 1. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD | 6 |
| 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL | 9 |
| 2.1 DEFINICIÓN CONCEPTUAL | 9 |
| 2.2 COMENTARIOS SOBRE EL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD | 10 |
| 3. LOS PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y ANÁLISIS DE LA DIFERENCIA ENTRE PERJUICIO Y DAÑO | 12 |
| 3.1 EL PERJUICIO | 13 |
| 3.2 LA CULPA EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO | 16 |
| 3.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD | 19 |
| 4 COMENTARIOS SOBRE LA DIVISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO | 20 |
| 5 LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COLOMBIANO | 26 |
| 5.1 DIFERENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL | 27 |
| CONCLUSIONES | 38 |
| BIBLIOGRAFÍA | 39 |

RESUMEN

El ensayo jurídico, Análisis de las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado, establece el contexto de la culpa, como una división tripartita que ha sido acogida en nuestro código civil. Además se expone, lo referente al principio general de responsabilidad, indicando las críticas realizadas en la actualidad a esta materia. Finalmente, se comenta las transformaciones en la responsabilidad contractual del Estado, en donde cada vez son protagonistas los principios y la jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT

The juridical test, Analysis of the differences in the responsibility in the civil law and in the contractual responsibility of the State, establishes the context of the fault, as a tripartite division that has been received in our civil code. In addition it is exposed, the relating thing initially general of responsibility, indicating the critiques realized at present to this matter. Finally, the transformations are commented in the contractual responsibility of the State, where every time they are protagonists the beginning and the constitutional jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: orígenes de la responsabilidad, concepción tripartita de la culpa, hecho ilícito, principio general de responsabilidad, perjuicios indemnizables, responsabilidad civil contractual y extracontractual, constitucionalización del derecho privado.

KEY WORDS: origins of the responsibility, tripartite conception of the fault, illicit fact, general beginning of responsibility, recoverable prejudices, civil contractual responsibility and extra contractual, charter of the private right.

INTRODUCCIÓN

En el área de la contratación estatal es muy importante dilucidar el tema de la responsabilidad tanto civil como del Estado, porque en todas las operaciones o acciones que llevan a cabo los funcionarios públicos y los particulares, que son los contratistas, se ve comprometido el patrimonio público, y en el evento de que se presente un menoscabo de éste, es necesario indemnizar al afectado. Por lo tanto, para nosotros, los estudiosos del derecho, es de gran utilidad hacer el presente esquema analítico del mencionado tema, con el propósito de conocer las tendencias y las críticas actuales que se han plasmado al establecer diferencias dentro de cada régimen de responsabilidad, para lograr un debate que abra nuevos paradigmas en el derecho colombiano.

Este trabajo se basa en una compilación de las clasificaciones que se han hecho sobre la responsabilidad contractual en el derecho civil y en el derecho público, cuyo objetivo es hacer críticas y algunas anotaciones que permitan ilustrar el panorama actual de la responsabilidad contractual.

Se destaca que para lograr este propósito se detectó que el tema tiene mucha aplicabilidad en el quehacer diario de la contratación pública, por lo que se toma una situación concreta como es, los errores que se encuentran a nivel legislativo y jurisprudencial, siendo importante revisar los tratados de responsabilidad civil y la jurisprudencia del Consejo de Estado, para establecer el problema central consistente en determinar si dicha diferenciación ha dado contribuciones positivas al ordenamiento jurídico o si por el contrario es un óbice para un ambiente creativo del derecho.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD

Lo primero que debemos precisar es los orígenes de la responsabilidad, de donde podemos establecer que se ubica en el derecho romano, donde la responsabilidad no era un concepto general sino mas bien se deriva del concepto de *nexum* que se refería a una forma de vincular al que incumplía una sanción que consistía en ser encadenado al acreedor, es decir se convertía en prisionero. Pero de una manera más concreta la responsabilidad contractual deriva del pensamiento justiniano que va a valorar la conducta subjetiva del deudor refiriéndola a lo objetivo del incumplimiento. Se encuentra que existen dos formas de enfocar la responsabilidad; de un lado se encontraba que en la *estipulatio se miraba al factum debitoris* y en las demás figuras obligacionales se miraba más bien al dolo y la culpa, estos dos criterios apuntan directamente a la responsabilidad subjetiva¹.

Posteriormente en la Edad media, se dieron unos aportes a la responsabilidad con la trinidad de culpas, aplicadas a los contratos según la utilidad que ellos reportaren como se ha establecido por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

La clasificación tripartita de la culpa: lata o grave, leve y levísima se atribuye a los jurisconsultos de la Edad Media, que buscaron con ello concordar la especie de culpa con la clasificación de los contratos en relación con la utilidad que reporten a las partes; esto es, contratos de los cuales deriva utilidad sólo el acreedor, contratos que reportan utilidad sólo al deudor y contratos de los cuales resulta utilidad para

¹ LOUZAN SOLIMANO, Nelly Dora. Como aparece la Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Derecho Romano [en línea]
<http://www.robertexto.com/archivo14/resp_contractual_y_extra.htm> [consultado el 21 de julio de 2010].

ambas partes. En los primeros, el deudor responde de la culpa lata; en los segundos el deudor responde de la levísima, y en los últimos sólo de la leve. Dicha clasificación la acogió el célebre jurista francés Pothier en su Tratado de las Obligaciones, pero el Código Civil de Napoleón la rechazó. Esto no sucedió con los Códigos Civiles de Chile y Colombia, que la adoptaron plenamente, como se desprende de los artículos 44 y 1547, para el primero, y 63 y 1604, para el segundo. De lo expuesto resulta que para establecer la responsabilidad contractual es indispensable definir: a) si no se cumplió la obligación pactada en el contrato, o si se cumplió imperfectamente, o si se retardó el cumplimiento; b) Si se produjo daño como consecuencia del incumplimiento o del cumplimiento imperfecto o del retardo en cumplir; c) Si se puede o no imputar dolo al deudor; d) Si no se le puede imputar dolo al deudor, se debe determinar si los perjuicios se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Y, naturalmente, como cuestión preliminar es indispensable averiguar si las estipulaciones de los contratantes modificaron las reglas previstas en el artículo 1616 del C. C..²

Como consecuencia de esta articulación histórica se ha esbozado una noción general de responsabilidad que la encontramos en el derecho civil, específicamente en el área de obligaciones, que a su vez se relaciona con el incumplimiento y el daño que debe tener un nexo entre la persona que lo ocasionó y quien lo padece, de lo que se puede extraer que la responsabilidad contractual derivan dos teorías, de un lado, la teoría que propone la responsabilidad de un incumplimiento de un contrato anteriormente celebrado y otras teorías que proponen que hay responsabilidad no solamente de un

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. César Hoyos Salazar. Sentencia del trece de junio de dos mil dos. Rad. 1395.

contrato sino también del incumplimiento de la ley o de un vínculo jurídico anterior.

Al hablar de la responsabilidad contractual hacemos alusión a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato. Para que exista esta clase de responsabilidad es necesario que haya una relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación. Dentro del estudio de este tema se pueden observar claramente dos grupos de teorías bien definidas: de una parte, aquellas que presentan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; otras teorías sostienen que se está en presencia de responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple obligación derivada de vínculo jurídico anterior o de la ley.³

Vale decir que el vínculo jurídico anterior se refiere al acto ilícito que se define como lo que no está ni legal ni moralmente permitido, lo que es contrario a derecho. Comprende la causa ilícita y el enriquecimiento sin causa, como las fuentes que en muchas ocasiones imputan responsabilidad en los funcionarios públicos.

³ IRISARRI BOADA, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Trabajo de grado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000. p. 17 - 18.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1 DEFINICIÓN CONCEPTUAL

Cuando queremos tener una noción de la obligación de reparar la lesión ocasionada a la víctima, encontramos que hay muchas y que de ellas las más importantes son las siguientes:

En general la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica, en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia⁴.

Con lo anterior el autor concluye que la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones tiene su origen jurídico en los hechos ilícitos, los cuales son los que causan daños y perjuicios, pueden tener origen en un hecho humano como por ejemplo la violación de una norma jurídica que cause daño a otro.

⁴ TAMAYO JARAMILLO. Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis. 2007. Bogotá D.C. p. 8.

2.2 COMENTARIOS SOBRE EL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD

Todo daño es resarcible, siempre y cuando sea producto de una conducta antijurídica, no importa que el bien atacado sea material o moral. Es por eso que en el Código Civil, también encontramos lo que se conoce como el principio general de responsabilidad contenido en el artículo 2341, que reza: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Un principio que también ha sido discutido por cuanto éste no es tan universal y preciso como se puede creer, porque necesita ser concretado en la situación como ocurre en la responsabilidad contractual o en la extracontractual que toma el principio general por culpa como algo residual ya que primero aplica las normas indemnizatorias especiales.

A pesar de estas diferencias, la palabra 'culpa' es, generalmente, utilizada tanto en materia extracontractual como contractual para expresar un juicio de valor respecto de una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad⁵. Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por estos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva⁶. Calificar un acto como culposos

⁵ 'Culpa' y 'delito' no son expresiones descriptivas que se limitan a enunciar meras situaciones de hecho y a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos. Véase al respecto: Nakhnikian, George. El derecho y las teorías éticas contemporáneas. Trad. Eugenio Bulygin y Genaro Carrió. México, 1998 Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, pp. 48 y 49.

⁶ Los juicios de valor sirven para guiar las acciones de los hombres, es decir, proporcionan una razón para hacer algo. Véase al respecto: Hare, Richard Mervyn.

constituye un reproche, una censura que se hace a un comportamiento determinado, de acuerdo con las costumbres, la forma de vida de una sociedad específica. Así, la culpa sólo existe en el caso concreto, y no como un concepto abstracto y absoluto, una especie de 'estado puro de la culpa' que pueda servir para explicar todas las conductas culposas y que exista de forma independiente de las distintas situaciones fácticas^{7,8}.

Con lo que el autor sintetiza que el principio general como dogma incontrovertible en el derecho colombiano es una cuestión que ha tenido cambios por cuanto se ha presentado una evolución en las normas de indemnización de perjuicios generando una proliferación de regímenes de responsabilidad que excluyen la figura de la culpa como requisito de aplicación tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual.

El lenguaje de la moral. Trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi. Ed. UNAM, México, 1975.

⁷ 'La idea de que un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares está conectada con otras ideas primitivas y demasiado simples de la estructura del lenguaje. Es comparable con la idea de que las propiedades son ingredientes de las cosas que tienen las propiedades; por ejemplo, que la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas como el alcohol lo es de la cerveza y el vino, y que, por tanto, podríamos conseguir la pura belleza, no adulterada por ninguna cosa bella'. Wittgenstein, Ludwig. Los cuadernos azul y marrón. Trad. Francisco Gracia Guillén. Madrid, 2001. Ed. Tecnos, p. 45.

⁸ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, El Principio General de Responsabilidad por Culpa del Derecho Privado Colombiano. En: Opinión jurídica, Medellín. vol. 6, no. 11, (Jan/jun 2007). Consultado a las 11:05 p.m.[En línea].

http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?pid=S1692-25302007000100008&script=sci_arttext

3. LOS PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y ANÁLISIS DE LA DIFERENCIA ENTRE PERJUICIO Y DAÑO

Una vez estructuradas las nociones básicas del tema, pasamos a revisar cuáles son los presupuestos para que se dé la responsabilidad civil contractual, teniendo en cuenta que el perjuicio debe originarse a causa de dos elementos vitales como son: existir un contrato válido y la violación de este contrato (se requiere que el daño surja de la inejecución del contrato). En primer lugar, el contrato para que sea válido debe contar con las solemnidades en el caso de que lo requiera y que no hayan circunstancias que vuelvan nulo el acuerdo de voluntades. Con respecto a la violación de éste se remite directamente con el incumplimiento que puede ser:

“La violación del contrato en referencia puede ocurrir por su incumplimiento total, por su incumplimiento a medias, (o incumplimiento imperfecto, o también por su incumplimiento tardío (cuando el deudor paga la prestación pero en mora. Cualquiera de esas formas de incumplimiento deberá causar un perjuicio al acreedor”⁹.

Igualmente de lo anteriormente planteado se deducen los requisitos de la responsabilidad civil contractual los cuales son tres: el perjuicio, una culpa contractual y el nexo causal entre la culpa y el perjuicio.

⁹ *Ibíd.*, p. 328.

3.1 EL PERJUICIO

El perjuicio lo ha definido la doctrina de la siguiente manera:

“Es un daño, una lesión en el patrimonio, en el honor, en los sentimientos, en las prerrogativas de orden afectivo e intelectual”¹⁰

De donde se desprende que el daño, debe ser directo, actual y cierto. Hay que tener en cuenta que el perjuicio futuro no es indemnizable, lo esencial es que haya la certeza. Se advierte que la reparación del daño debe ser integral. Sin embargo, las definiciones expuestas producen una confusión ya que mediante pronunciamientos del Consejo de Estado, se ha establecido una diferencia entre perjuicio y daño, por cuanto el primero, hace referencia a un menoscabo que se proyecta en el tiempo, mientras que el segundo, es una afectación que se desarrolla e inclusive se vuelve más gravosa con el tiempo.

La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por

¹⁰ TAMAYO JARAMILLO, Op. cit., p. 53.

ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños¹¹.

Con respecto a lo anterior se ha establecido que la responsabilidad civil, en el área del derecho administrativo, quien tiene la capacidad de solicitar la indemnización puede ser un conjunto de personas, convirtiéndose en una acción popular.

¹¹ En este último caso, el daño se constata con la contaminación; lo que se proyecta en el tiempo, son los perjuicios que sufren los pobladores cercanos al sitio contaminado. Sobre la diferencia entre daño y perjuicio, en un sentido general, JUAN CARLOS HENAO señala: “ En esencia dos consecuencias (de la diferencia entre daño y perjuicio) merecen entonces ser tenidas en cuenta desde la perspectiva que aquí interesa. “ “La primera (...) permite concluir que el patrimonio individual, es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima-, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño.” (...) “La segunda consecuencia, (...) consiste en afirmar que existen perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama indemnización. Desde este punto de vista se afronta uno de los problemas importantes de la materia, cual es el de la legitimación para obrar. La distinción así concebida permite dar un “giro” a la responsabilidad civil, no tanto por su concepción que viene desde el derecho romano, como por su práctica. Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica solo en cabeza del propietario (...), sino también del ser humano como titular de derechos colectivos. La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado. Se trata de resaltar, dentro de la responsabilidad civil, el tema de las acciones populares, del título de ciudadano legitimado en la causa para actuar en un proceso, de los intereses colectivos o, para traer otro ejemplo, de la función de las ONG”. Cit. p.p. 78 y 79. Citado en Consejo del Estado. Sección Tercera C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 18 de octubre de 2007. p. 56 y 57.

Todos los casos de responsabilidad civil, necesitan de un perjuicio, en el sentido de que es una exigencia legal. Se convierte en un presupuesto para la indemnización. Aquí pasamos a establecer la clasificación de los perjuicios indemnizables, donde encontramos, en primer lugar, los daños o perjuicios patrimoniales, que se definen como aquellos que influyen negativamente en el patrimonio económico de la víctima, éste se divide a su vez en el daño emergente y el lucro cesante los cuales estudiaremos más adelante. En segundo lugar, están los daños o perjuicios extrapatrimoniales que como su nombre lo indica, son diferentes a los anteriormente mencionados y se dividen en morales y fisiológicos; los primeros se concretan en la afectación a los sentimientos, el derecho a la intimidad, entre otros, donde también extractamos que estos perjuicios morales han tenido su desarrollo dentro del campo de la responsabilidad civil a mediados del presente siglo los cuales empezaron a tener consideración como otro factor indemnizable al ocasionar daño. Los perjuicios fisiológicos también llamados daño a la vida de relación es un concepto novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, cuya esencia radica en la pérdida de los placeres vitales que otorga la plena integridad personal.

Si bien es cierto hoy en día la ley exige la reparación integral del daño (artículo 16 de la Ley 446 de 1998), lo cual se logra no sólo con la indemnización del perjuicio moral y el perjuicio material sino que también pertenece a esta categoría y debe tenerse en cuenta el mencionado daño a la vida de relación, consistente en la pérdida o disminución de la capacidad de relacionarse con el mundo exterior en la forma en que podía hacerlo el damnificado antes de recibir el daño y como consecuencia de éste, también es cierto que los daños no se

*presumen y en la medida en que se pretenda una indemnización de perjuicios, éstos deben estar plenamente acreditados en el proceso.*¹²

3.2 LA CULPA EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

La culpa, a nivel contractual, por un lado, tiene su fundamento en la teoría predominante la cual expone que ésta se causa en la inejecución de la obligación contraída, es decir, se basa en el no cumplimiento de una obligación preexistente o cumplirla mal. Además, el fuero interno queda excluido dentro de esta definición tal y como se expone a continuación:

*“Todo lo dicho ha llevado a la doctrina a expresar que en materia de responsabilidad civil la culpa equivale más bien a la noción de culpa civil o culpa social, que se configura por la violación de normas de comportamiento, en virtud de una conducta impropia de una persona prudente. Sin que se requiera en este campo la culpa moral*¹³.

Resulta útil exponer que con respecto al concepto de culpa es algo confuso porque a nivel jurisprudencial se establece la concepción tripartita de la culpa, que a nivel doctrinario choca con una versión o una tendencia hacia una concepción unitaria de la culpa, que se ha establecido como una versión moderna y más práctica por cuanto la graduación y hasta la separación entre dolo y culpa resulta inoficiosa dentro del campo de la responsabilidad

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 15791.

¹³ TAMAYO LOMBANA. Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y La Contractual. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005. p. 336-337.

contractual, siendo algo acertado porque en este tema lo que más importa es si esa acción u omisión efectivamente causó un daño. En la noción unitaria de culpa, se establece que muchos tratadistas la han acogido al dejar por sentado que la graduación de culpas o división tripartita de la culpa es innecesaria, en el entendido de que no tiene una utilidad como tampoco consecuencias prácticas, a lo que agrega que ya es un tema superado en el mundo jurídico como se expone a continuación:

“Queremos precisar y reafirmar que en la actualidad carece de interés la división tripartita de la culpa, y que lo que se impone, en cambio, es la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Nos ocupamos de ellas. Ya en otras partes de esta obra se hecho mención a estos tipos de obligaciones”¹⁴.

Es apenas lógico que aquí se entra a nombrar el perjuicio material que comprende lo que se conoce como daño emergente que se sintetiza en una sola palabra, como la pérdida, y el lucro cesante como la ganancia fracasada.

La obligación de medios, conocida también como obligación de prudencia y diligencia, es aquella que impone al deudor el deber de emplear al servicio del acreedor los medios de que dispone, y de observar especial cuidado y diligencia con miras a alcanzar un fin; pero sin garantizar en ningún momento ese fin buscado, sin asegurar un resultado.

La obligación de resultado es de naturaleza bien distinta: en virtud de esta obligación conocida también como determinada o específica, el

¹⁴ Supra, núms. 12 y ss. Citado en TAMAYO LOMBANA, Alberto. La Responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005. p. 337.

deudor se compromete a producir un resultado a favor del acreedor. Si ese resultado no parece, habrá que decir que el deudor incumplió. Ejemplo claro: la obligación del transportador. El se compromete a conducir a las personas o las mercaderías sanas y salvas al lugar de su destino (C. de Co. Arts. 982 y 1003)¹⁵.

Además la doctrina ha dicho que para los estudiosos del derecho, es una verdadera traba dado que resulta absurdo ya que su papel precisamente es el de resolver los conflictos jurídicos. Por lo tanto, el concepto que establece el Consejo de Estado dentro de su restrictor-descriptor debería ser revisada porque el argumento se soporta con lo siguiente:

Cuando se pasa por las aulas universitarias, y en general al trasegar de la vida jurídica, al jurista desprevenido le parece no sólo lógico sino también justo que el deudor sólo responda por determinada culpa, según la utilidad que el contrato le reporte. La doctrina en general critica la existencia de esta norma en el derecho colombiano, pero la da por válida sin entrar en mayores análisis sobre su verdadero alcance y validez.¹⁶ Por nuestra parte creemos que, bien miradas las cosas, esa graduación de la culpa es inaplicable como principio general, ya que son tantas las contradicciones que encierra ese artículo 1604, que es imposible acomodarlo dentro de un contexto de interpretación general, dadas las numerosísimas excepciones en que no es ni aplicado ni

¹⁵ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁶ Ver Ricardo Uribe Holguín Op. cit. P.84; Guillermo Ospina Fernández, Régimen general de obligaciones, núm. 150; Álvaro Pérez, Op.. Cit, p. 11 núm. 148, aunque este autor solo le dé un campo restringido de aplicación. Citado por Tamayo Jaramillo, Javier.

*aplicable, no solo por disposición expresa de la ley sino por la naturaleza de las cosas.*¹⁷

3.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El tercer elemento de la responsabilidad civil, la relación de causalidad, se constituye en un elemento esencial porque con ésta se demuestra si efectivamente el hecho generador (causa), creó un daño en la víctima (efecto). Su fuente normativa se encuentra en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Op. cit., p. 438.

4. COMENTARIOS SOBRE LA DIVISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Otro de los temas que resulta de gran interés dentro de este ensayo es el que se encuentra en el libro del tratadista Javier Tamayo Jaramillo, en el cual se ha hecho una división entre la responsabilidad contractual y extracontractual, encontrando lo siguiente:

La responsabilidad contractual como se dijo anteriormente, deriva del incumplimiento de un contrato de donde se colige que ese incumplimiento puede ser total, parcial o defectuoso. En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual se dice que es aquella que no tiene que ver con un contrato y que también se conoce como la responsabilidad delictual o responsabilidad aquiliana, y es muy frecuente en casos donde se presentan hechos que causan menoscabo a terceros.

Dentro de las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual se encuentra, en la obra de Javier Tamayo Jaramillo, que en la responsabilidad civil contractual se presenta un principio general de prescripción extintiva de diez años, consagrado en el artículo 2536 del Código civil, modificado por los artículos 1º y 8º de la ley 791 de 2002. Esta ley redujo los términos de prescripción en el área civil.

En la responsabilidad civil extracontractual, se encuentran varios tipos de prescripción, destacándose la contenida en el artículo 2358 del Código Civil, que dispone que hay una prescripción de tres años para las acciones originadas en la responsabilidad civil por el hecho ajeno, a lo que se agrega que el artículo 1838 del código de Comercio dice que en las acciones

derivadas de los daños ocasionados por las aeronaves en la superficie, prescriben a los dos años.

En lo referente a la capacidad para cometer el hecho ilícito, en la responsabilidad extracontractual, preceptúa que se requiere que el agente tenga más de diez años y sea sano mentalmente. En la responsabilidad contractual tendrá capacidad quien tenga más de 18 años y que esté sano mentalmente.

Desde el punto de vista de la solidaridad, se encuentra que por el lado de la subrogación, en la responsabilidad contractual la cuantía, en primer lugar, se determina con relación al contrato o la ley y en segundo lugar, si por ejemplo se delega el contrato, y se causó un perjuicio durante la ejecución del contrato por parte del delegatario, este último se convierte en el único causante del daño. *La persona que ha delegado responde en virtud del contrato, pero no porque haya participado en la causación del perjuicio.*¹⁸

En la responsabilidad civil extracontractual la cuantía de la acción subrogatoria se determina de la siguiente manera:

Cuando el civilmente responsable indemniza a la víctima por los daños causados por una persona que está bajo su cuidado, la subrogación, si se llenan las demás condiciones previstas en la ley (infra, T.I, 606), es por la totalidad de lo indemnizado, a menos que el directamente responsable del daño demuestre que también él civilmente incurrió en culpa, en cuyo caso el juez graduará la cuantía de la repetición de acuerdo con la gravedad de ambas culpas si el que indemniza a la

¹⁸ *Ibíd.* p. 56.

víctima es el directamente responsable, entonces nada podrá cobrar al civilmente responsable, a menos que haya culpa probada de éste. En uno y otro caso se parte del supuesto de que el único causante del daño es el directamente responsable. El civilmente responsable es una especie de garante frente a la víctima. De allí la solidaridad. Pero si también hay culpa probada del civilmente responsable, entonces se entiende que el daño fue causado por los dos y de allí que la repetición sea parcial en uno u otro sentido¹⁹.

En los otros tipos de responsabilidad extracontractual, la graduación de la cuantía se puede regir por la gravedad de las culpas, siempre y cuando estén probadas, pero si no hay prueba, la cuantía se regirá de acuerdo con la incidencia causal de la acción de los responsables y si no se determinan ninguno de las dos alternativas se determinara la cuantía por partes iguales. También, encontramos diferencias desde el punto de vista de la extensión del monto indemnizable, en materia de responsabilidad en los contratos, el artículo 1616 del código Civil, si no hubo dolo en la actuación del deudor, este sólo pagará los perjuicios directos y previsibles, pero si por el contrario se actuó de forma dolosa, el deudor pagará por los daños previsibles e imprevisibles.

En la responsabilidad extracontractual cualquier culpa, así sea la levísima, la víctima tiene derecho a cobrar la indemnización de todos los daños previsibles e imprevisibles a condición, de que unos y otros sean directos.

En las diferencias desde el punto de vista de la jurisdicción y competencia, en el plano de la responsabilidad contractual, la acción no solamente se puede instaurar ante el juez del domicilio del demandado sino también se puede impulsar la demanda ante el juez del lugar del cumplimiento del

¹⁹ *Ibíd.*, p. 57.

contrato. En los procesos de responsabilidad civil extracontractual se adelantarán en el lugar donde ocurrió el hecho dañino.

Finalmente, las diferencias desde el punto de vista de la culpa, se detienen en dos puntos, como es en la prueba donde en la responsabilidad por el hecho ajeno en materia contractual no permite al deudor demostrar ausencia de culpa, mientras que tal posibilidad de exoneración si existe en la responsabilidad por el hecho ajeno en materia extracontractual.”²⁰

Se da diferencias con respecto a la culpa en que a nivel contractual se ha dado aplicación a la división tripartita de la culpa, claro está con sus respectivas críticas, pero que tiene fundamento en el Código Civil. Pero en la responsabilidad extracontractual esta división no tiene relevancia por lo que no le interesa la gravedad de las culpas sin dejar de lado que si se tiene en cuenta en dos casos.

Encontramos de una manera asombrosa que esta diferenciación es inútil según el doctor Guillermo Ospina Fernández en su obra titulada Régimen General de las Obligaciones. En ella expone que se ha presentado un error doctrinario y legislativo, sustentado en primer lugar a que:

Pese a que la doctrina tradicional de los civilistas ha pretendido establecer una dicotomía en la institución general de la responsabilidad, dividiéndola en dos sectores diferentes y que supuestamente estarían sometidos a un régimen jurídico también diverso. El de la responsabilidad extracontractual o aquiliana (de la lex aquilia) y el de la responsabilidad contractual. Trataríase de la primera cuando ella se

²⁰ *Ibíd.*, p. 67

deduce a consecuencia de una conducta ilícita, dolosa o culposa, sin que el agente esté vinculado a la víctima del daño por una obligación concreta, como cuando a ésta se le infieren lesiones con violación del principio general que impone el respeto a la integridad personal ajena. La segunda, se presentaría cuando se daña al acreedor por el incumplimiento de una obligación concreta a cargo del deudor, como la de pagarle una suma de dinero dada en mutuo. Este solo planteamiento ya revela la inexactitud de la distinción, pues la expresión responsabilidad contractual parece reducir los principios y reglas que sancionan el incumplimiento de las obligaciones propiamente dichas, vínculos concretos entre personas determinadas, a las que emanan de un contrato, siendo así que estas pueden nacer de fuentes diversas, como el acto jurídico unipersonal, del enriquecimiento sin causa, y aun del hecho ilícito violatorio del ya mencionado deber general de prudencia y cuidado que pesa sobre todo el mundo en aras de la convivencia social²¹

En cuanto a los errores legislativos se ha mencionado los errores traídos del código francés el cual ha hecho una diferenciación referente a los títulos XII y XXIV del libro IV designados como: “Del efecto de las obligaciones” y “ De la responsabilidad común por los delitos y por las culpas”, siendo algo ilusorio, pues le hace ver a los estudiosos la exigencia de tener un esquema de dos aparentes clases de responsabilidad, juicio que se sustenta con el ya mencionado principio general de responsabilidad contenido en el artículo 2341 del Código Civil, siendo tan grave por cuanto deja de lado figuras como las que se nombran a continuación:

²¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá. Editorial Temis. 2005, p. 88, 89.

*Así, por ejemplo, resultaría extravagante afirmar que a la responsabilidad aquiliana, o sea, a la no fundada en el quebranto de una obligación concreta preexistente entre el agente del hecho ilícito y la víctima de éste, no le serían aplicables, por estar contenidas en el título XII, reglas como las siguientes: la exoneración de responsabilidad por el caso fortuito (art. 1604); la apreciación del daño emergente y del lucro cesante causados por el hecho ilícito (arts. 1613 y 1614); la exclusión de los perjuicios indirectos, es decir, de los no causados por el hecho ilícito (art. 1616). A la inversa, mal podría excluirse de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones la regla tocante a la apreciación de la culpa del acreedor para la determinación del **quantum** de la indemnización (art. 2357), o las que atribuyen responsabilidad por los hechos de los dependientes (art. 2347) o mandatarios, como cuando el deudor disputa a otro para el pago.²²*

Finalmente, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo hace énfasis en que si bien esta diferenciación no es innecesaria, es más bien accesoria y que de una u otra manera si se invoca por la víctima una responsabilidad en vez de la otra podría beneficiarla más.

²² *Ibíd.* p. 89.

5. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COLOMBIANO

Una vez hechas las precisiones básicas sobre la responsabilidad en el derecho civil contractual es necesario abordar la responsabilidad contractual en el derecho público, la cual se rige por otros parámetros como es el respeto al patrimonio público, y al cumplimiento de los fines del Estado como una forma de contrarrestar la plena autonomía de la voluntad de las partes dentro de un contrato estatal. Encontramos, entonces, que los servidores públicos que intervienen en un contrato deben responder civil, penal y disciplinariamente. La responsabilidad en el derecho público se concreta en el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la ley 80 de 1993 y reza:

Este principio fue consagrado como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares²³, que de suyo, conlleva, una mayor responsabilidad. Así, como contrapeso a esa mayor libertad en la gestión contractual -que no es absoluta-, el Legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993²⁴, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la

²³ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992. En GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

²⁴ El estatuto general de contratación es la expresión máxima de la introducción de la Constitución, en lo que concierne a responsabilidad de las entidades y los funcionarios públicos. Este ensayo trata de establecer puntos relevantes de esta norma, como eje principal de discusión académica.

actividad contractual (art. 90 C.P.²⁵), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen, y en los Títulos V (50 a 59) y VII (arts. 62 a 67), desarrolló la responsabilidad contractual y el control de la gestión contractual, respectivamente.²⁶

En el derecho público la ley 80 de 1993 ha establecido de una manera reiterada la responsabilidad derivada de los contratos estatales a través del artículo 50 que dispone:

“las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas”.

Es interesante observar que la Constitución Política de 1991, ha instituido un valioso artículo que contiene la cláusula general de responsabilidad, que en otros tiempos, como en la constitución de 1886 era impensable, y que en este campo del derecho tuvo sus primeros inicios en desarrollos jurisprudenciales de la Corte suprema de Justicia y del Consejo de Estado quienes empezaron a aplicar la teoría de la responsabilidad en temas como la falla en el servicio, el régimen del riesgo y el daño especial.

²⁵ La citada disposición superior, como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección, no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, es aplicable en materia pre-contractual y contractual del Estado y, por tanto, fundamenta la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 3 de diciembre de 2007.p. 81.

Actualmente con el artículo 90 de nuestra Constitución Política, ha dado una visión más profunda abarcando lo concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado y las distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas.

En su obra Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Luis Alonso Rico Puerta, establece lo siguiente:

"Para tal efecto, la corte constitucional se apoya en lo dicho por el Consejo de Estado que reconoce que el artículo 90, "es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual".²⁷

Aquí el autor estima que si bien los títulos y regímenes de responsabilidad son diferentes, se unen por el concepto de daño antijurídico, el cual es unívoco, pero que es parcialmente definido a nivel Constitucional, con lo cual se infiere que la Corte se ha dedicado a definir los elementos caracterizadores del daño antijurídico, claro está, basándose en los fundamentos del Consejo de Estado.

En este punto, es importante traer a colación, las apreciaciones hechas por el doctor Obdulio Velázquez Posada, referentes a las nuevas tendencias de la responsabilidad civil, que tiene una gran influencia de los principios constitucionales, estableciendo que esta situación ha petrificado el concepto de responsabilidad civil, quedándose sólo en el campo constitucional siendo muy nocivo para el sano debate que ha tenido esta expresión civil, por lo que se deja en riesgo la actividad creativa del derecho, siendo de vital

²⁷CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. Citada en la mencionada obra.

importancia ya que estos conocimientos se extienden hacia todas las ramas del derecho:

Le corresponde entonces al civilista, si desea un desarrollo armónico y dinámico de su parcela del derecho, volver la mirada a la teoría del derecho y al debate ius filosófico, de lo contrario se encontrara a la vuelta de pocos años con la realidad de que el contenido y alcance de su ciencia esta dado desde afuera por los constitucionalistas y sus cortes que sin ser especialistas en esta parte del derecho definen los conceptos más fundamentales. Así por ejemplo la Corte Constitucional Colombiana considero oportuno definir el alcance de la expresión “responsabilidad civil” y determino que es expresión genérica que comprende la contractual y la extracontractual. En síntesis, lo mismo da si se trata de los perjuicios originados en un contrato de naturaleza civil o comercial: siempre se hablara de responsabilidad civil contractual.^{28 29}

Podemos ver claramente que los especialistas en cada área son los llamados a generar reflexiones, las cuales son más profundas, más acertadas frente a la problemática que ha suscitado, por ejemplo, la exequibilidad del art. 97 del

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-424/97. La creciente constitucionalización del derecho privado tiene el peligro de que los conceptos de la Corte Constitucional petrifiquen al mismo derecho privado y resten creatividad a la doctrina y a las cortes naturales el desarrollo de una jurisprudencia propia y con un enfoque más profundo hecho por los especialistas de cada área. Decir la Corte Constitucional que la responsabilidad civil equivale a la contractual y la extracontractual y además a la civil propiamente dicha y la comercial, si bien puede parecer lógico no permite ya mayor discusión jurisprudencial y doctrinal pues el fallo Constitucional por su naturaleza petrifica el derecho privado y le quita su flexibilidad de acomodo con los desarrollos disciplinares, tarea de los expertos en esos temas.

²⁹ VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio. La responsabilidad civil en el contexto de la teoría del derecho actual. En: Responsabilidad civil y del Estado. Medellín. No. 21-mayo 27 de 2007.p.

Código Penal, que sostiene que el Juez puede condenar al pago de daños por perjuicios morales causados con el hecho punible hasta de mil salarios mensuales vigentes, por lo tanto, se debe poner un límite al valor de la indemnización que se debe pagar, o también los alcances que ha tomado el daño moral y fisiológico, la responsabilidad por actividades peligrosas entre otros.

5.1 DIFERENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL

En este punto, es fundamental hacer una primera diferencia con respecto a la responsabilidad civil, porque cuando abordamos el contenido de la responsabilidad patrimonial, la cual se remite a que si se presenta un perjuicio para una persona, con motivo de una acción u omisión de las entidades estatales, ellas *“deberán indemnizar la disminución patrimonial que ocasionen o su prolongación; y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”*³⁰.

Entonces, dicha retribución se compone por el daño emergente y el lucro cesante, conforme a lo estipulado en el artículo 1613 del C.C. pero con la anotación de que el derecho público se aleja del fundamento contenido en éste, ya que para que se genere la indemnización, el incumplimiento no es fundamental, sino que haya un daño patrimonial, con lo que el mencionado autor concluye que:

³⁰ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal: Bogotá. Editorial Leyer, 2009. p. 1019.

“Así entonces la piedra angular de la responsabilidad estatal en la gestión contractual, deriva del daño, no del incumplimiento, o si se quiere, del incumplimiento siempre que ocasione daño”³¹.

También se han encontrado diferencias entre la responsabilidad contractual en el derecho civil y en el derecho público, con las consecuencias que se derivan del incumplimiento como son:

La mora que es una de las formas de incumplimiento, la cual acarrea consecuencias jurídicas, se conforma cuando el deudor de manera tardía, dejó pasar la época del cumplimiento, o cuando no se cumplió dentro del plazo o cuando una vez se haya reconvenido al deudor a través de una decisión judicial y a petición de la parte acreedora y tiene que ser por una de las partes, sus efectos se circunscriben a lo estipulado en el artículo 1615 del C.C. como es la indemnización de perjuicios, viabilidad de intereses moratorios, posibilidad del cobro de clausula penal y la inversión de la carga del riesgo”³².

Dentro de los efectos de la mora encontramos la indemnización de perjuicios, que se concreta en el daño padecido por la víctima a causa del incumplimiento. Los mencionados perjuicios por regla general los estima el juez.

Con respecto a los intereses moratorios estos se reconocieron a través de la jurisprudencia y la legislación que declararon que el Estado estaba en el

³¹ *Ibíd.*, p. 19.

³² NAVARRO, Adriana y RIVERA, Ana María. Instituciones del derecho privado en la contratación estatal. Trabajo de grado abogado. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001. 146 p.

deber de pagar intereses moratorios cuando estos se causaban. El fundamento normativo lo encontramos en el art. 884 del Código de Comercio, art. 1609 y 2231 del Código Civil y la Ley 80 en su artículo 4, numeral 8, sin dejar de lado que esta última disposición se modificó por el párrafo del art. 6º de la ley 598 de 2000 que establece: *Para evitar la distorsión de precios por el incumplimiento en los pagos, las entidades del Estado, reconocerán un interés equivalente al DTF.*³³

Para encontrar otra de las diferencias debemos estudiar el concepto de cláusula penal en el artículo 1592 que dice: “aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. Se destaca aquí la cláusula penal no está tipificada en las normas de contratación estatal por lo que debemos remitirnos al código civil, artículos 1592 y siguientes y al código de comercio, en su artículo 867, de lo que podemos extraer a diferencia del derecho privado, la cláusula penal cumple estrictamente una función resarcitoria mas no tiene un fin de apremio, característica particular como la siguiente:

*“Existe una excepción a lo dicho, ella se da en la cláusula penal, según la cual, es posible estipular que se deberá de todas maneras la indemnización prevista, aunque la inejecución del contrato no haya causado perjuicio al acreedor (C.C., art. 1599).”*³⁴

La expresión [transcurridos 90 días de la fecha establecida para los pagos] se declaró inexecutable mediante sentencia C-892 de 2001.

³⁴ NAVARRO y RIVERA., Op. cit .p. 55.

Al abordar los temas que se presentan a continuación, es necesario hacer mención de que estos pertenecen a las cláusulas excepcionales, o exorbitantes, las cuales se han definido como:

El mismo GEORGES VEDEL³⁵ da un concepto de lo que debe entenderse por cláusula exorbitante:

son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”. Y en criterio de este mismo autor, tales cláusulas no serian ilícitas en los contratos del derecho común, si bien no son corrientes en ellos. Para DROMI³⁶, son ilícitas cuando se pactan en los contratos de derecho privado.³⁷

Cabe reiterar que el fin de estos poderes excepcionales, tienen como propósito cumplir con los fines del Estado, que van direccionados hacia una visión social, encaminada al bienestar común de los ciudadanos.

³⁵ *Ibíd.* Georges Vedel Ob. Cit. p. 191.

³⁶ *Ibid.* Roberto Dromi, Ob. Cit. p. 315. Este autor al definir las clausulas exorbitantes dice que “son clausulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos –sigue el autor- son clausulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían ilícitas, por exceder el ámbito de la libertas contractual y contrariar el orden público.

³⁷ PALACIO HINCAPIE. Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2010. p. 374.

La caducidad, es otra medida sancionatoria, que la aplican las entidades estatales con el fin de evitar que se despilfarre el patrimonio público, razón por la cual el acto administrativo sufre una modificación, destacándose que el principio de inmutabilidad del derecho privado, en el campo administrativo pierde su fuerza.

La caducidad es considerada como la máxima expresión de autoridad del Estado frente al contratista, por lo que también se considera una sanción de orden público, esto quiere decir que no puede estar sometida a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, no puede ser objeto de renuncia o de *disposición*. Por lo tanto, esta sanción tiene consonancia con el concepto de equilibrio económico.

El poder sancionatorio participa, como lo ha manifestado la doctrina , de las características propias de las potestades administrativas, consistentes en que es de orden público y como tal no puede ser objeto de disposición o de renuncia por las partes, es inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, y goza de unas connotaciones particulares atinentes a la autonomía, unilateralidad y proporcionalidad, según las cuales se ejerce a través de la expedición de actos administrativos unilaterales debidamente motivados, sin necesidad de acudir ante el juez, no puede ser objeto de renuncia o acuerdo de las partes, ya que está involucrado el interés público y debe ejercerse en forma proporcional teniendo en cuenta el valor del contrato (tratándose de multas y sanciones pecuniarias) y la magnitud del incumplimiento.³⁸

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. M.P. Dra. María Helena Giraldo Gómez. Sentencia del 27 de noviembre de 2003.p. 41- 42.

De aquí podemos partir de la tan controvertida multa, cuyo concepto se enmarca en lo siguiente:

“Recuérdese que la multa es una medida de apremio con carácter punitivo que no atiende al carácter de perjuicios. Es un llamado de atención al contratista incumplido para que ajuste su conducta al pacto”³⁹.

Al hablar de esta sanción, se han generado a nivel jurisprudencial varias tesis que giran en torno a su imposición por parte del Estado generándose una valiosa conclusión. Mediante sentencia de agosto 24 y marzo 28 de 1996 M.P. Dra. Miriam Guerrero de Escobar fijo la primera posición en donde estableció que las entidades públicas no las podían imponer debido a que esta facultad no estaba consagrada en la Ley 80 de 1993. Pero mediante salvamento de voto de los Magistrados, Dra. María Helena Giraldo Gómez y el Dr. Benjamín Herrera Barbosa argumentaron que *las multas no son cláusulas excepcionales al derecho común y por tanto no tiene por qué ser mencionadas por el Art. 14 de la ley 80. Además en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar las sanciones y multas sobre la base del incumplimiento de las mismas o por su incumplimiento tardío*⁴⁰.

Las multas ofrecen un ejemplo muy ilustrativo de la discusión que se ha creado en torno al manejo otorgado a los contratos que se rigen por el derecho privado y de aquellos que se les aplica el estatuto de la contratación estatal. Desde la ley 80 de 1993, comenzó a generar dudas sobre la imposición de multas por parte de las entidades estatales, hasta que en la sentencia del 20 de octubre de 2005 se llegó a la conclusión de que dicha

³⁹ *Ibíd.*, p. 103.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 104.

imposición no estaba autorizada por la ley. A su vez, este pronunciamiento fue ratificado mediante sentencia del 30 de julio de 2008, la cual dijo:

La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista.⁴¹

Sin embargo, el Consejo de Estado, se estableció que el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, dejando por separado el problema de si los manuales de contratación podían establecer unilateralmente las multas, estas puede ser impuestas por las entidades como se expuso de la siguiente manera:

Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud del mismo precepto legal y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá

⁴¹ Sentencia del 8 de agosto de 1988, expediente No.5154, actor: Hugo Napoleón Tovar Silva y Otros, C.P. Carlos Ramírez A. Citado por Blanco Restrepo José Vicente en: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2009/02/los-limites-la-facultad-de-imposicion.html>

*estar precedida de audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.*⁴²

Con lo que finalmente se ha dejado sin efectos muchos de los artículos del decreto 2474, situación que deja la puerta abierta a nuevas discusiones, entre otras, la que gira en torno a una situación que había pasado inadvertida como es el de las atribuciones de las entidades estatales mediante los manuales de contratación.

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de abril de 2010. p 12.

CONCLUSIONES

Las transformaciones jurisprudenciales y normativas respecto de la responsabilidad contractual, han producido cambios y han permitido contextualizar las sanciones y medidas de apremio que surgen cuando se causan perjuicios, las cuales como vimos a lo largo del tiempo, pertenecen al derecho privado y como tales no satisfacen la necesidad de reparar los intereses colectivos y del derecho administrativo colombiano.

Los problemas planteados en la doctrina y de pronunciamientos del Consejo de Estado, necesitan ser discutidos dentro de la academia, para generar un espíritu crítico, encaminado a dar soluciones y construir nuevos paradigmas respecto de las fronteras de la responsabilidad contractual en el área privada y en el campo del derecho público.

Con la mutación de leyes en la contratación estatal, deja el gran interrogante acerca de la debilidad en la técnica jurídica, por lo que es menester vigorizar la formación de criterios más sólidos, en relación con que no solamente la responsabilidad contractual necesita dar un paso de avanzada sino toda la materia en mención.

El esquema diferenciador de la responsabilidad civil, ha dado aportes académicos que se traducen en que se ha generado nuevas temáticas que necesitan ser estudiadas y que permitan modernizar los elementos que configuran la indemnización, es decir que se adapte a las situaciones que se presentan en la contratación pública en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. César Hoyos Salazar. Sentencia del trece de junio de dos mil dos. Rad. 1395.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de abril de 2010.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. M.P. Dra. María Helena Giraldo Gómez. Sentencia del 27 de noviembre de 2003.p.

Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 3 de diciembre de 2007.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. Citada en la mencionada obra.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 15791.

IRISARRI BOADA, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Trabajo de grado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000.

LOUZAN SOLIMANO, Nelly Dora. Como aparece la Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Derecho Romano [en línea] <http://www.robertexto.com/archivo14/resp_contractual_y_extra.htm> [consultado el 21 de julio de 2010].

NAVARRO, Adriana y RIVERA, Ana María. Instituciones del derecho privado en la contratación estatal. Trabajo de grado abogado. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001.

¹ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, El Principio General de Responsabilidad por Culpa del Derecho Privado Colombiano. En: Opinión jurídica, Medellín. vol. 6, no. 11, (Jan/jun 2007). Consultado a las 11:05 p.m.[En línea].

PALACIO HINCAPIE. Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2010.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá. Editorial Temis. 2005.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal: Bogotá. Editorial Leyer, 2009. p.

Sentencia del 8 de agosto de 1988, expediente No.5154

TAMAYO JARAMILLO. Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis. 2007. Bogotá D.C.

¹ TAMAYO LOMBANA. Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y La Contractual. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005.

VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio. La responsabilidad civil en el contexto de la teoría del derecho actual. En: Responsabilidad civil y del Estado. Medellín. No. 21- mayo 27 de 2007.p.

INSTITUTO DE POSTGRADOS
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo a la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto como un segundo archivo denominado: " RAI "

| No. | VARIABLES | DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE |
|-----|---|--|
| 1 | NOMBRE DEL POSTGRADO | Especialización en contratación estatal |
| 2 | TÍTULO DEL PROYECTO | Análisis de las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del estado |
| 3 | AUTOR(es) | Lady Airensa Meza Pantoja |
| 4 | AÑO Y MES | 27/10/2010/ |
| 5 | NOMBRE DEL ASESOR(a) | Juan Carlos Gallego |
| 6 | DESCRIPCIÓN O ABSTRACT | El ensayo jurídico, Análisis de las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado, establece el contexto de la culpa, como una división tripartita que ha sido acogida en nuestro código civil. Además se expone, lo referente al principio |
| 7 | PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES | Orígenes de responsabilidad, concepción tripartita de la culpa, hecho ilícito, principio general de la responsabilidad, perjuicios indemnizables, responsabilidad civil contractual y extracontractual, constitucionalización del derecho privado. |
| 8 | SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO | Público- Contratación |
| 9 | TIPO DE INVESTIGACIÓN | Ensayo |
| 10 | OBJETIVO GENERAL | No aplica |
| 11 | OBJETIVOS ESPECÍFICOS | No aplica |
| 12 | FUENTES BIBLIOGRÁFICAS | CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. César Hoyos Salazar. Sentencia del trece de junio de dos mil dos. Rad. 1395. |
| 13 | RESUMEN O CONTENIDO | El presente ensayo jurídico, titulado Análisis de las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado, estructura desde la época medieval uno de los elementos de la responsabilidad que es la culpa, como una división tripartita que |
| 14 | METODOLOGÍA | se toma una situación concreta como es, los errores que se encuentran a nivel legislativo y jurisprudencial, siendo importante revisar los tratados de responsabilidad civil y la jurisprudencia del Consejo de Estado, para establecer el problema central consistente en determinar si dic |
| 15 | CONCLUSIONES | Las transformaciones jurisprudenciales y normativas respecto de la responsabilidad contractual, han producido cambios y |
| 16 | RECOMENDACIONES | |
| * | CÓDIGO DE LA BIBLIOTECA | |

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA
Coordinador Comité de Investigación

principio general de responsabilidad, indicando las críticas realizadas en la actualidad a esta materia. Finalmente, se comenta las transformaciones en la responsabilidad contractual del Estado, en donde cada vez son protagonistas los principios y la jurisprudencia constitucional:

ha sido acogida en nuestro código civil y nuestra jurisprudencia colombiana, situación que es muy controvertida por cuanto ha generado confusiones a nivel doctrinal. También, se expone en el texto, lo referente al principio general de responsabilidad que es aplicable a nivel contractual como extracontractual, en donde se ha diferenciación ha dado contribuciones positivas al ordenamiento jurídico o si por el contrario es un óbice para un ambiente creativo del derecho.

ha hecho unas críticas por cuanto estos regímenes de responsabilidad, a nivel doctrinal y legislativo se apoyan en un esquema diferenciador sustentado en que cada uno tiene un capítulo diferente dentro del código civil, siendo algo muy perjudicial desde el punto de vista de los desertores de esta tendencia. Finalmente, se

expone las transformaciones en la responsabilidad contractual del Estado, en donde c