SIBIUP
Biblioteca Int Simon Bolivar
00255218

UNIVERSIDAD DE PANAMA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO

"La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Ordenamiento Jurídico Panameño"

POR

GUIMARA APARICIO ORTEGA

1999

DIGITALIZADO
DEPTO DE

DEDICATORIA

A mis padres Elías y Astevi.. y a mi hermano Estif, quienes motivaron y apoyaron mis estudios de Maestría. A mi esposo Julio César, e hijos Juan Diego, Marie Claire y el bebé que viene en camino, a quienes debo las mayores alegrías de mi vida y "son parte" de este trabajo de graduación. Y a Dios, sin cuya ayuda no hubiera podido culminar y dar un aporte al derecho nacional.

La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Ordenamiento Jurídico Panameño

RESUMEN 1

INTRODUCCION 2

REVISION DE LITERATURA O FUNDAMENTACION TEORICA 4

ASPECTOS METODOLOGICOS 7

CAPITULO I

La Responsabilidad Extracontractual del Estado

A. Generalidades. Concepto de Estado y de Administración Pública 10

B. Fases o Sistemas Generales de la Responsabilidad por Actos de la Administración Pública. 17

1. Sistema de Irresponsabilidad del Estado. 18

2. Responsabilidad Personal del Funcionario. 21

3. Responsabilidad Indirecta del Estado. 23

4. Responsabilidad Directa del Estado. 30

C. Fundamentos de la Responsabilidad del Estado. Teorías. 34

1. De la Representación o fundada en la culpa in eligendo o culpa in vigilando. 36

2. Organicista. 37

3. De la Proporcionalidad de las Cargas. 39

4. Responsabilidad por riesgo. 41

5. De la Equidad. 44

6. Solidaridad Humana. 45

7. Del Bien Común. 47

8. De la Estricta Justicia. 49

9. Del Sacrificio Especial. 49

10. Nuestra Opinión. 50

D. Elementos de la Responsabilidad Civil del Estado.

1. La Responsabilidad Civil del Estado y el elemento culpa. 51

2. La culpa y el Abuso del Derecho. 60

3. El Daño. 63

4. Relación de Causalidad. 64

CAPITULO II

La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Ordenamiento Jurídico Panameño.

I. Fundamento Constitucional. 69

A. Generalidades. 69

B. La Responsabilidad Civil del Estado en la Constitución Política de la República de Panamá. 84

1) Artículo 18. Principio de Legalidad. 84

a) La infracción literal de los preceptos legales. 95

b) Falta de Competencia o jurisdicción del Funcionario o la Entidad que dictó el Acto. 96

c) Quebrantamiento de las Formalidades que deben cumplirse. 97

d) Desviación de Poder. 99

e) Desviación de Poder en los Actos Administrativos.

2) Artículo 203 numeral 2. 111

a) La actuación administrativa en el Derecho Colombiano. 114

b) Las actuaciones administrativas en nuestra Constitución. 120

(1) Los actos administrativos. 120

(2) Las Resoluciones y omisiones. 121

(3) Las órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos. 121

(4) La prestación defectuosa de los servicios públicos. 124

3. Artículo 34 de la Constitución. 128

II. Fundamento Legal. 130

A. Código Civil. 130

1. La Responsabilidad Extracontractual. 130

2. La Responsabilidad por hecho Ajeno. 135

3. La Responsabilidad del Estado consagrada en el Artículo 1645. 142

4. Comentarios a la Sentencia de 12 de agosto de 1994 en relación con el Artículo 1645. 145

5. El Artículo 1645 contiene implícito el Fundamento de la Responsbilidad. 152

B. Legislación Contenciosa. 154

1. Breve Reseña Histórica. 155

2. La Responsabilidad del Estado en la Ley. 159

C. Código Judicial. 163

1. Artículo 98 numeral 8. 165

2. Artículo 98 numeral 9. 173

a) Antes de la Sentencia de 19 De enero de 1995. 174

b) Sentencia de 19 de enero De 1995. 177

3. Artículo 98 numeral 10. 183

a) Generalidades 183

b) Teoría de la falla del Servicio. 187

CAPITULO III

La Acción de Indemnización contra el Estado.

A. La demanda Contenciosa de Indemnización de daños y la demanda contenciosa de plena jurisdicción. 198

1. Introducción 198

2. Indemnización y Nulidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 203

3. Las distintas demandas de indemnización Contra el Estado y sus presupuestos. 228

4. El Derecho Contencioso Colombiano. 233

B. La Prescripción de la Acción de Indemnización. 238

1. Responsabilidad extracontractual por la infracción del funcionario al expedir un acto administrativo. 242

a) Cuando se demanda al Estado. 242

b) Cuando se demanda al funcionario

público que expidió el acto. 244

c) Otras consideraciones en torno a la prescripción y la Acción de Indemnización Contra el Estado. 247

2. Responsabilidad del Estado por deficiente prestación de un servicio público adscrito. 251

3. Responsabilidad Civil derivada del Delito 258

4. Responsabilidad Extracontractual del Estado derivada del hecho u omisión negligente del funcionario (hecnos administrativos) 266

C. La Jurisdicción Competente. 269

1. La Responsabilidad Personal del funcionario Y la del Ente administrativo. 271

2. La jurisprudencia y la competencia de la Sala Contencioso Administrativa. 278

a) Acción de indemnización por daños Causados por la prestación defectuosa De los servicios públicos. 278

b) Acción de indemnización por daños Causados por actos administrativos 282

c) Acción de indemnización por responsabilidad civil derivada del delito. 286

3. La Competencia de la Jurisdicción Civil. 294

a) Caso Roberto Eric Acosta y otros Contra el Estado. 295

b) Caso Oscar Navarro y otros contra El Estado. 302

c) Alberto Bolívar Conte Magdaleno Contra el Estado. 304

D. Cómo hacer la reclamación?. 309

1. Determinar, ¿cuál fue la causa del daño?. 309

a) Si el daño proviene de un acto Administrativo. 310

b) Si el daño proviene de un hecho Material. 312

2. En cuanto a la denominación de la Demanda. 314

3. La presentación de la demanda. 315

a) La designación de las partes y de Sus representantes. 316

b) Lo que se demanda. 321

c) Los hechos u omisiones

Fundamentales de la acción. 322

d) La expresión de las disposiciones Violadas y el concepto de la Violación. 323

CONCLUSIONES 324

RECOMENDACIONES 333

BIBLIOGRAFIA 335

RESUMEN/ABSTRACT

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PANAMEÑO

Una primera parte de nuestro trabajo de investigación consistió en el estudio de la doctrina nacional y extranjera en torno al tema del a responsabilidad del Estado, a fin de esclarecer conceptos, exponer el desarrollo histórico del tema y la experiencia de otros países, Derecho Comparado. La segundo etapa conllevó el análisis de la jurisprudencia civil, contencioso administrativa y constitucional de los últimos siete años, lo que nos permitió determinar el sistema de responsabilidad del Estado vigente en Panamá y poder explicar el sèntido y alcance de cada una de las normas de responsabilidad civil del Estado. En torno al tema existen vacíos en nuestra ley, que desconciertan y dificultan el ejercicio del derecho que tienen los administrados a que el Estado les repare los daños que le causa la actividad pública, no obstante los resultados de la investigación han sido gratificantes. Con esta investigación concluimos que el Estado panameño está obligado a indemnizar los daños causados por sus actos administrativos y legales, por la negligencia y delitos de sus funcionarios y por la prestación defectuosa de los servicios públicos. Mientras que, no responde por la actividad lícita que cause daño.

CIVIL LIABILITY OF THE STATE IN PANAMENIAN LAW

The first part of our research consisted in the study of the national and foreign doctrines regarding liability of the government, in order to clarify concepts, to expose the historic development of this matter and the experience of other countries; the Comparative Law. The second stage involved analysis of civil, administrative and constitutional precedents of the last seven years, which helped us to determine the current system of State liability and to explain the sense and scope of the law regulating the civil liability of the State. The outcome have been very rewarding since there is a legal silence in our law that disconcert and prevent citizens from exercising their rights to seek redress for the damages suffered as a consequence of a governmental activity. In this investigation we concluded that the Panamenian State is obligated to indemnify the damages caused by reason of its administrative and illegal acts, for the negligence and crimes of the State employees and for not rendering appropriate public services. Finally, we also concluded that the State does not respond when its legal acts cause damages.

INTRODUCCION

Como lo señala la doctrina del derecho contencioso administrativo, el principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen los dos grandes soportes estructurales de este derecho.

Sin embargo, el surgimiento y consolidación del Estado de Derecho no desarrolló ambos principios paralelamente, sino que, mientras el principio de legalidad logró convertirse en una verdadera institución de garantía, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, quedó a la saga, requiriendo para su desarrollo de un estudio profundo por la jurisprudencia de cada país para lograr la eficacia de sus normas.

En este trabajo estudiaremos los principios normativos de la responsabilidad estatal y su aplicación práctica en la jurisprudencia más reciente; analizaremos la interpretación dada por la jurisdicción civil como la contenciosa, hasta exponer el sentido y alcance de estos principios dentro del sistema vigente de responsabilidad civil del Estado en Panamá, es decir, una interpretación sistemática o integral, no sin recurrir al proceso histórico de esta institución.

Con nuestro trabajo queremos dar a conocer la institución jurídica de la "responsabilidad del Estado"

estudiarla y fortalecerla, deteniéndonos en cada uno de los aspectos esenciales de la ley y la jurisprudencia.

El trabajo está dividido en tres capítulos. El primero presenta el desarrollo histórico de la institución de responsabilidad civil del Estado, estudiando las teorías y conceptos que han tratado de explicar esta figura, a fin de entender el punto actual de la situación y el porqué de la confusión respecto a algunos conceptos.

En el segundo capítulo estudiamos y analizamos las normas constitucionales y legales sobre la responsabilidad del Estado, y citamos los precedentes correspondientes.
Por último estudiamos la acción de indemnización contra el Estado, sus diferencias con la acción contenciosa de plena jurisdicción y presentamos una propuesta de cómo puede analizarse un perjuicio específico, a fin de cumplir con los presupuestos que exige la presentación de una demanda indemnizatoria.

REVISION DE LITERATURA O FUNDAMENTACION TEORICA

La hipótesis de nuestro estudio señala que Panamá reconoce en su legislación constitucional y legal que el Estado debe responder por los daños y perjuicios que causa a los administrados con su actividad pública; pero que, son pocos los afectados que presentan demandas contra el Estado, para reclamar la indemnización correspondiente.

Una de las razones es, precisamente, la ambiguedad en la legislación vigente y los escasos precedentes judiciales. Igualmente limitados estuvimos en cuanto a la doctrina nacional sobre el tema de la responsabilidad del Estado. Recurrimos en el curso de nuestra investigación, a la doctrina extranjera, principalmente la colombiana, la argentina y la francesa, con textos actualizados y con un desarrollo del tema que nos supera en medio siglo. Estudiamos sus instituciones y sistema de responsabilidad vigente, con la finalidad de comprender el sentido y alcance de nuestras normas jurídicas, las cuales están dispersas en la ley civil, la ley contencioso administrativa, el Código Judicial y la ley penal. Y nuestra meta es legar un estudio de las normas que regulan el régimen de la responsabilidad estatal en Panamá, con un análisis de la jurisprudencia y la doctrina, a fin de llenar las lagunas de nuestro sistema, y

que tanto juristas como administrados puèdan acceder a esta justicia.

Como resultado de nuestro estudio, pòdemos afirmar que existe actualmente una tendencia al desarrollo del tema de la responsabilidad del Estado, que depende en gran medida del desarrollo de la jurisprudencia en cada país, y al mismo tiempo la valoración o tasación del daño que hace el juez depende de la situación económica y cultura del daño existente en dicha Nación.

Así se dice que, si en Francia una entidad pública causa una parálisis a una persona, la cultura de la reparación del daño que impera en este país, exigé que no sólo se indemnicen los daños directos, sino que, si por ejemplo, la persona vivía en una casa de dos pisos se le habilite una rampa, a fin de poder repararle el daño Frente a un hecho similar en Colombia, el Doctor Juan Carlos Henao comenta que, los tribunales no considerarían meritorio reparar el daño que deviene a causa de no poder subir más por las escaleras de su casa. Y nosotros nos preguntamos ¿qué sucedería en Panamá, frente a un daño semejante?

Aunque no se sigue el mismo sistema de responsabilidad civil del Estado en todos los países, este instituto se funda en los mismos principios, y los conceptos que son

desarrollados por un país sirven para definir las normas de otro.

Una fuente importantísima de este trabajo fue, la jurisprudencia del Primer Tribunal Superior, de la Sala Contencioso Administrativa, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, así como algunas resoluciones de la jurisdicción ordinaria, de los últimos siete años, por tanto un aporte valiosísimo a los efectos de precisar cómo debe hacerse la reclamación de daños y perjuicios contra el Estado.

ASPECTOS METODOLOGICOS

Con el propósito de alcanzar los objetivos de nuestro trabajo, hemos recurrido a varios métodos.

Primero al método histórico, a fin de comprender cómo evolucionó la responsabilidad del Estado, como se fueron modificando sus fundamentos y principios, en fin, para concluir que la responsabilidad del Estado pasó de ser un instituto regulado por las normas del derecho civil al régimen de derecho público; y pasó de ser una responsabilidad subjetiva hasta perfeccionarse, en países como Argentina, en una clase de responsabilidad objetiva.

En segundo lugar, usamos el método deductivo, porque partimos de un análisis de la responsabilidad extracontractual o civil en general, para luego estudiar la responsabilidad por hecho ajeno, y particularmente la responsabilidad del Estado, directa y subsidiaria. Hemos integrado este método con el comparativo, porque además de la jurisprudencia, ha sido la doctrina extranjera, como fuente, la que ha contribuido a aclarar conceptos y el alcance de nuestras normas vigentes.

También recurrimos al método descriptivo, cuando nos abocamos a examinar las principales características de la responsabilidad estudiada, las clases de responsabilidad del Estado, sus elementos, los presupuestos de la demanda de

indemnización de daños y perjuicios que se interpone contra el Estado y hemos incluido la temática necesaria para describir todos los aspectos del problema planteado.

CAPITULO PRIMERO

La Responsabilidad Extracontractual del Estado.

A. Generalidades. Concepto de Estado y de Administración Pública.

Antes de analizar el tema de la responsabilidad del Estado, debemos aclarar qué debemos entender por Estado? y si es este concepto sinónimo de Administración Pública?, toda vez que algunos autores se refieren a la responsabilidad del Estado y otros la denominan responsabilidad de la Administración Pública.

Los seres humanos han tendido siempre a vivir en sociedad y bajo alguna forma de autoridad. Con el transcurso de los siglos las primitivas y rudimentarias comunidades humanas se transformaron paulatinamente en sociedades en las que las funciones de autoridad quedaron bien determinadas y se formó así la sociedad política, o sea aquella con poder para gobernar y regir a sus miembros. A esta sociedad denominamos Estado. **Quintero** (s/a:60)

Si bien el concepto de Estado tiene múltiples acepciones, una de éstas es la de Administración Pública. La Administración Pública en sentido estricto es la actividad que despliega la rama ejecutiva cuando mediante una serie de organismos asegura la múltiple intervención del

Estado moderno en las acciones desarrolladas por los particulares, en cuanto la finalidad suprema de éste es asegurar y garantizar la convivencia pacífica de sus asociados.**Hoyos** (1984:3)

Por tanto, el concepto de Estado es más amplio que el de Administración Pública que sólo comprende una parte integrante, el Organo o Poder Ejecutivo.

Sin embargo, se suelen utilizar ambos términos, Estado y Administración Pública, al tratar el tema de la responsabilidad extracontractual, e indistintamente serán usados en nuestro trabajo, al referirnos al sujeto activo de esta relación, aquel dotado de personalidad, es decir, aquel que puede ser sujeto de derecho y contraer obligaciones, y en este caso el que puede ser responsable por los daños causados a un administrado.

En este sentido señala Marienhoff que "cuando se hace referencia a la personalidad en el derecho administrativo, se alude al Estado y a la Administración Publica, considerada ésta en sentido lato, y que la Administración Pública, considerada como uno de los órganos esenciales del Estado, vale decir, como integrante del Poder Ejecutivo' carece de personalidad; en ese ámbito, la personalidad no le incumbe a la Administración, ni a alguno

de los otros dos 'poderes' (Legislativo y Judicial), sino al Estado, porque 'la personalidad de la Administración' va subsumida en la del 'Estado'." En conclusión, "La Administración Pública, considerada como sujeto activo de potestades administrativas, siempre es -en definitiva- una persona jurídica, ya se trate de la Administración central, en cuyo supuesto su personalidad subsúmese en la del Estado, o ya se trate de la Administración indirecta o autárquica, en cuyo caso la personalidad le corresponde al ente autárquico la Administración Pública siempre se expresa a través de una persona jurídica o moral, ya que los empleados y funcionarios sólo actúan como órganos de la Administración."**Marienhoff** (1992:359 y 365)

Nos referimos al Estado entonces, como persona moral, como ente abstracto o ficto que es capaz de imponer la autoridad de la ley en su interior, frente a los administrados y de afirmar su personalidad y responsabilidad frente a los otros Estados.

Retomando lo afirmado por Marienhoff, podemos decir que la Administración Pública siempre se expresa a través de una persona jurídica o moral, y menciona el autor la Administración Central y a las Entidades Autárticas o

Descentralizadas, y nosotros podemos agregar las Administraciones Municipales.

Si tuvieramos que distinguir las clases de entes públicos que conforman el Estado, podríamos decir que se agrupan en tres, los que conforman la Administración Central, las Entidades Descentralizadas y las Administraciones Municipales.

El artículo 1964 numeral 1 del Código Judicial, ubicado en el Título XIX de las definiciones, en cuanto al concepto de Estado consagra lo siguiente:

> **"1. Por Estado ha de entenderse la Nación, el municipio o cualquier entidad pública autónoma o descentralizada;"**

Por su parte, el artículo 1644a del Código Civil, que regula los daños morales, consagra en su tercer párrafo que, "Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva así como el **Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios**, conforme al Articulo 1645 del Código Civil."

Finalmente queremos mencionar el artículo 126 del Código Penal, el cual dispone que **"El Estado, las instituciones públicas autónomas, semi-autónomas o descentralizadas, así como los municipios**, responderán

subsidiariamente en el monto de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus servidores con motivo del desempeño de sus cargos.

Las normas citadas destacan tres clases de entes públicos: La Nación o Estado (gobierno central), que comprende los tres principales órganos: ejecutivo, legislativo y judicial y cualquier otra entidad pública no descentralizada; las instituciones descentralizadas (autónomas y semiautónomas), regidas por sus leyes especiales, y cuyo régimen de responsabilidad lo determinará su ley especial; y los municipios o gobiernos locales Conforme el artículo 1964 numeral 1 del Código Judicial todos estos entes públicos están comprendidos dentro del concepto de Estado en sentido lato.

Afirmar que el Estado es responsable, significa que, aquella "sociedad políticamente organizada para la realización de necesidades y promoción de fines comunes" (**Quintero**, s/a:62), está obligada a indemnizar al administrado que se le haya causado un daño. Sin embargo, concretamente son los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas y semiautónomas, las que ejecutan los poderes del Estado y en consecuencia, quienes despliegan los

actos, omisiones, la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, dictan las resoluciones, dan las órdenes, y quienes ejecutan las disposiciones, las adoptan, expiden y quienes en ejercicio de sus funciones (actos lícitos) o pretextando ejercerlas (falta de competencia o desviación de poder), causan daño a los administrados.

Este hecho trae el problema de tener que deslindar si el responsable es el funcionario o el ente jurídico. La "teoría del órgano" ha querido resolver este problema calificando si la conducta del agente fue realizada o no en ejercicio de las funciones del cargo, permitiendo separar la conducta del órgano de la conducta de la persona jurídica. Organo y persona jurídica son uno mismo, ésta actúa cuando aquél obra, porque no obra como persona física aparte, como ser distinto e independiente, sino que como la persona jurídica carece de voluntad propia y real, ella expresa su voluntad a través de los hombres que la integran, llamados órganos -agentes o funcionarios-; por ésto, la conducta de las personas físicas cuando actúan en cumplimiento de las funciones que como órgano le corresponden, son imputables jurídicamente a la persona moral, mientras que cuando se comprueba que el daño tuvo su origen en una conducta del agente desprovista de toda relación con las funciones que le

están atribuidas en las leyes, reglamentos o estatutos, el funcionario es el responsable.**Patiño Mariaca** (1995:73)

A esta distinción de responsabilidades se refiere el artículo 203 de la Constitución Nacional, cuando consagra la competencia que tiene la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, para conocer: "respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que se ejecuten, adopten, expidan o en que incurran **en ejercicio de sus funciones (actividad lícita) o pretextando ejercerlas (falta de competencia o desviación de poder), los funcionarios** públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas y semiautónomas", para anular los actos acusados de ilegalidad; **restablecer el derecho particular violado;** etc. disposición que analizaremos en el segundo capítulo.

A pesar de no contar con una norma constitucional que expresamente reconozca la responsabilidad del Estado, sí podemos afirmar que en Panamá la responsabilidad extracontractual del Estado se deduce de las funciones atribuidas por ley a la jurisdicción contencioso administrativa, jurisdicción que tiene su base en la

Constitución, y tiene competencia para "restablecer el derecho particular violado".

Las interrogantes que nos plantea la teoría de la responsabilidad del Estado son: 1. ¿si debe reconocerse o no esta responsabilidad, es decir, es válido su fundamento?; 2. ¿Si el Estado debe responder directamente o si responde indirectamente en razón de que sus agentes son sus dependientes, es decir, si se trata de una responsabilidad por hecho ajeno, similar a la que contempla el Código Civil para los padres, tutores y en general, para las personas que tienen la guarda de otras o están encargadas de su cuidado?; 3. ¿cuáles son las normas aplicables en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado y su sentido y alcance? y 4. ¿cuál es la jurisdicción competente para conocer de estas demandas y cómo se hace esta reclamación?.

A la primera pregunta daremos respuesta en el primer capítulo, la segunda y tercera pregunta se responderán en el capítulo segundo, mientras que la cuarta la responderemos en el tercer capítulo.

B. Fases o Sistemas Generales de la Responsabilidad por actos de la Administración Pública.

Históricamente, las etapas que ha atravesado el derecho de responsabilidad, en cuanto al hecho de si el Estado debe

indemnizar o no al administrado, cuando como poder público le origina perjuicios de diversa naturaleza, coinciden a su vez con los denominados sistemas generales de la responsabilidad del Estado. Según Julio Altamira Gigena, en la evolución del concepto de responsabilidad del Estado podemos distinguir cuatro fases o sistemas cuales son: Irresponsabilidad del Estado, Responsabilidad del Funcionario, Responsabilidad Parcial del Estado y Responsabilidad Directa del Estado.

1. Sistema de la Irresponsabilidad del Estado.

En el plano evolutivo éste fue el primer sistema que imperó en materia de responsabilidad del Estado, aunque significaba todo lo opuesto, es decir, no admitir que el Estado pudiese ser responsable extracontractualmente de los actos propios que ocasionasen perjuicio. De génesis teocrática, este sistema tuvo su fundamento en la consideración que del Estado se tenia, expresada en principios tales como "the king can do not wrong" y "le roy ne peut mal faire". No se concebia que el Estado o "el rey" pudiese ser responsable por los daños que la actividad de la Administración o de sus funcionarios pudiera producir a los administrados.

La evolución del concepto de responsabilidad estatal inicia desde esta época, que es anterior a la Revolución Francesa, y en la que predominaba el principio de la irresponsabilidad del Estado derivada de la noción absoluta de la soberanía. Luego de este dogma, y con el advenimiento de la Revolución Francesa y del Estado de derecho, la idea del Estado responsable muestra progresos, y se pasa a una época en que se recurre como fuente inmediata de su fundamento al Código Civil; hasta llegar a la época actual, cuando se acepta la responsabilidad directa del Estado, con fundamento en las teorías presentadas por el derecho público.

La evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado, está ligada al comportamiento de la administración pública en las distintas épocas, toda vez que ésta no ha intervenido siempre de igual modo en las actividades privadas de los particulares. Es en razón de esta intervención que actualmente los criterios estrictos en materia de responsabilidad estatal han dado paso a los amplios, "como una forma de asegurar debidamente a los administrados frente a ese leviatán que interviene, de una u otra manera, en todas las acciones de la vida de éstos." **Hoyos** (1984:3-4)

"En el Imperio Romano no existían derechos privados contra el Estado. Nunca se pensó que los daños producidos por la Administración ó por sus agentes a los particulares dieran lugar a una acción de indemnización. Resultaba inconcebible con la idea de un Estado omnipotente."**Altamira** (1973:)

En el siglo XIX, la influencia de la teoría de la soberanía absoluta del Estado hizo que éste se le considerara irresponsable por los perjuicios que pudiera provocar su actividad: si el Estado es soberano, mal puede ser responsabilizado, se decía.**Perdomo** (1994:241)

En Inglaterra, por ejemplo, la corona no era suceptible de ser llevada ante los tribunales judiciales directamente por los particulares, puesto que frente a ésta se sostenía la doctrina de non suitability (no demandable). Aún en 1789 se afirmaba que si el Estado era la personificación de la nación, en principio, era irresponsable. El gobierno provisional que se había establecido por las circunstancias de la guerra, las exigencias de la salud pública, la defensa y persecución que le caracterizaron puso el acento en la defensa del Estado en detrimento del individuo. **Brchon-Moulens** En: **Hoyos** (1984:5)

En la visión metafísica que del Estado tuvo la Revolución Francesa, la responsabilidad de este no se planteaba (**Rousseau** En.: **Hoyos** (1984:6), sino hasta que vino a presentarse con posterioridad el desarrollo del principio de legalidad.

Debemos señalar como dato curioso, que en Francia mucho antes del triunfo de la Revolución Francesa, existía una serie de reglamentos dispersos en los que directa o indirectamente se aceptaba la responsabilidad de la administración, si bien no como principio general, si bajo ciertas circunstancias; como el reglamento que data de 1627 en que se hacía responsable a la administración de correos por la pérdida de cartas, paquetes u otros objetos que se le hubieran confiado.**Hoyos** (1984:7)

Hasta el año de 1933, la Corte Suprema de Justicia de la Nacion Argentina sostuvo el principio de la irresponsabilidad del Estado.

2. Responsabilidad Personal del Funcionario.

Algunos autores como Ricardo Hoyos Duque consideran esta etapa como la primera en la evolución de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En sus inicios este sistema coexistió al lado del de la irresponsabilidad del Estado, ya que se pensaba que el Estado siempre actuaba dentro de los límites que la ley fijaba - principio de legalidad-, y que cuando se salía de esos límites, no era ya el Estado el que actuaba, sino el funcionario personalmente y sobre él debía recaer la responsabilidad.(**Gabino Fraga** En: **Hoyos**, 1984:6) Durante este tiempo, los actos ilícitos o que causaban daño a los particulares, no se adscribían al Estado como persona moral, porque este sólo podía realizar actos conforme a derecho, y estos actos tenían un carácter personal, así que el responsable era el agente o administrador. Se recurría a la figura del mandato como fundamento de esta responsabilidad, para explicar que el agente del Estado había sobrepasado las instrucciones dadas por la administración para el desarrollo del mandato, lo que constituía una transgresión del mismo ya que no se había otorgado para delinquir.

A juicio de Ferrara, ciertamente la persona jurídica no ha dado ese mandato, pero ha llamado a ciertas personas a obrar en nombre suyo, y ha constituído para éstas una esfera general de poder para realizar el fin, y el cumplimiento de tal fin lleva consigo la posibilidad de

una aberración en los medios para conseguirlo, una desviación de poderes, porque es indudable que el que obra puede errar y servirse de medios ilícitos, y que quien tiene el poder en sus manos puede abusar de éste. (**Ferrara** En: **Gómez Estrada** En: **Hoyos** (1984:6)

A pesar de que el afectado podía pedir la indemnización del daño y dirigir su demanda contra el agente de la administración, muchas veces el daño causado excedía la capacidad de pago del funcionario demandado, y en este sentido apremiaba colocar a las potenciales víctimas de la administración frente a un deudor solvente, en aras de la seguridad y la justicia, por lo que se pensó que quien debía responder no podía ser otro que la misma administración que se había beneficiado con la actividad que causó el daño. Así se evolucionó una etapa en la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado.

3. Responsabilidad Indirecta del Estado.

La mayor parte de la doctrina considera que el concepto de Estado responsable es la conquista fundamental de la Revolución Francesa, en razón del principio de legalidad que vino a regir el Estado de derecho. Como sabemos, este principio sostiene que el Estado no puede actuar a su

arbitrio, sino que debe ceñirse al ordenamiento jurídico creado por él para ordenar la convivencia entre todos los ciudadanos, como el marco dentro del cual debe desarrollar toda su actividad, se trata del Estado de derecho.

Y el profesor Michel Stassinopoulus dice que, "El sometimiento del ejecutivo a la ley sólo se realizó con el advenimiento del Estado de Derecho. A partir de entonces, la acción del ejecutivo toma, por primera vez, el nombre de ACTO ADMINISTRATIVO y adquiere un interés jurídico especial, y se convierte en el objeto de una nueva rama del derecho público, el DERECHO ADMINISTRATIVO" (Penagos, Gustavo, 1992:15)

Marienhoff afirma, que el Estado de Derecho "presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del estado que permite frente a él un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables" (Gómez Cardona, 1995:7).

Regido por este principio no admite discusión la responsabilidad del Estado por los actos antijurídicos con que causa agravio a sus asociados; pero, ¿qué sucede con los actos lícitos que ocasionan perjuicio a los administrados?. Bajo este prisma no son indemnizables, pero veremos como

actualmente se admite la responsabilidad del Estado por la actividad lícita lesiva en algunos sistemas de responsabilidad.

En Argentina, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria están de acuerdo en que debe considerarse superada la teoría de la doble personalidad del Estado, y aceptan que en todos los casos responde el Estado, en virtud de la moderna orientación del denominado Derecho de Daños, que sostiene que cuando existe un perjuicio causado por el Estado, sea cual fuere la esfera de la actividad estatal de donde derivare, siempre deberá indemnizarse a la víctima. Y concluye afirmando Luis Andorno, que en su país resulta plenamente justificado sostener que la expresión responsabilidad, pueda ir referida tanto a los actos ilícitos como a los actos lícitos que generan una obligación de reparar, como bien lo sostuvieron Alberto J. Bueres y Aída R. Kemelmajer de Carlucci en la interesante ponencia presentada a las Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil realizadas durante los días 27 al 30 de agosto de 1986.

En sus inicios, la responsabilidad extracontractual del Estado se estructuró jurisprudencialmente por los tribunales, sobre el principio de la culpa, tal como

funcionaba en la teoría general de la responsabilidad extracontractual. La culpa, como sabemos, es una de las premisas de la responsabilidad extracontractual entre particulares, regulada por el derecho civil como una responsabilidad subjetiva.

Durante este período la responsabilidad del Estado tenía su fundamento en el Código Civil, específicamente en el artículo 1384 del Código Civil Francés, que consagra la responsabilidad de los amos y patronos por el hecho de sus criados y dependientes, y así se equiparó el Estado a aquéllos, siendo la posición defendida por los civilistas Aubry y Rau, Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Planiol. El fundamento de esta responsabilidad es por tanto, el mismo que sirvió para tratar de explicar la responsabilidad extracontractual de las empresas por los actos de sus dependientes, el que la doctrina de la época atribuye a la culpa del amo o patrono en la elección o vigilancia (culpa in eligendo o culpa in vigilando) de sus criados o dependientes; es decir, que el Estado debía, al escoger sus funcionarios ser muy cuidadoso y luego ejercer una permanente vigilancia para no ver comprometida su responsabilidad.

Cabe advertir, que otros fundamentos de esta responsabilidad también fueron expuestos; sin embargo, el fundamento de la culpa in eligendo y de la culpa in vigilando, como el más reconocido, contribuyó a denotar lo inaplicable que era esta teoría tratándose del Estado, por la diferente naturaleza de las relaciones, que en el derecho privado tienen una base contractual, mientras que en el derecho público la relación entre funcionarios y el Estado, es de carácter legal o reglamentario.

Como al Estado no le era dable obrar ilícitamente, esta responsabilidad tenía el carácter de indirecta, es decir, que era el funcionario quien causaba el perjuicio pero a causa de su insolvencia respondía el Estado; no obstante por tener una base subjetiva, el Estado podía probar diligencia o cuidado en la elección y vigilancia de sus agentes, y así exonerarse de esta responsabilidad.

Por otro lado, durante el desarrollo de la responsabilidad del Estado fundada en el Código Civil, le correspondía al administrado lesionado probar la culpa, lo que equivalía la mayoría de las veces a negarle cualquier reparación, porque a veces se trataba de daños producidos en forma impersonal, y no había agente al que culpar. A pesar de los inconvenientes mencionados, esta teoría amplió las

garantías patrimoniales del administrado, porque surgió la posibilidad de que el Estado pudiera indemnizar o resarcir el daño, factor de importancia suprema para el desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado fundada en los principios del derecho público.

"Según afirma Rousseau, fue una simple teoría de espera hasta cuando el Consejo de Estado francés, basado en sus poderes pretorianos, construyó una teoría autónoma."**Rousseau** En: **Hoyos** (1984:10)

Finalmente, la responsabilidad extracontractual de la administración evolucionó hasta desvincularse del concepto tradicional de culpa, responsabilidad subjetiva, para fundarse en principios distintos aportados por el derecho público y el derecho administrativo, sin recurrir como fuente al derecho civil. Esto ocurrió cuando surgió la noción de servicio público, concepto que es fruto del desarrollo del Estado de derecho, cuya finalidad es servir y manejar los servicios públicos en beneficio de los administrados. "Al tratarse al Estado en términos de servidor público mal podría considerarse irresponsable, como afirma Vedel. Mientras que, según Duez, la responsabilidad del poder público es hija del tiempo de las ideas intervencionistas."**Hoyos** (1984:11)

Este sistema expone conceptos como el de la culpa e ilicitud, ambos superados actualmente, en lo que a responsabilidad del Estado se refiere, porque hoy día se acepta la responsabilidad del Estado no sólo cuando el daño es consecuencia de un obrar ilícito, sino también cuando es causado por actos que se ejecuten, expidan o adopten por los funcionarios públicos en el simple ejercicio de sus funciones. Algunos autores distinguen entre teoría de la indemnización y la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración, para distinguir entre la indemnización que se produce por la actuación legal del poder, y el resarcimiento o reparación económica que tiene su origen en la actuación ilegal de la Administración. Sin embargo, Entrena Cuesta entiende que desde el punto de vista jurídico-positivo esta distinción carece de relevancia, porque la indemnización del Estado no se basa en las reglas del Derecho Civil, referentes a la responsabilidad por hecho ilícito. Puede haber hecho ilícito de parte de los agentes y representantes del Estado, pero esto no es esencial para que la indemnización tenga lugar y corresponde hasta por actos completamente legítimos.**Altamira** (1973:47)

En este proceso evolutivo se replanteó el tema de la responsabilidad estatal al dictarse el famoso fallo Blanco,

por el Tribunal de Conflictos francés, pronunciado en 1873 y considerado por algunos como expresión de la teoría del servicio público que ya se venía gestando. Este tema introduce la próxima fase o sistema de responsabilidad estatal.

4. Responsabilidad Directa del Estado.

Los textos jurídicos expedidos durante la revolución francesa buscaron la consolidación del principio de separación de los poderes, especialmente la autonomía de la justicia administrativa de la judicial, con el fin de impedir que los tribunales comunes conocieran de los asuntos que interesaban únicamente a la administración. La batalla por la autonomía y la estructura propia del derecho administrativo fue permanente hasta la Ley del 24 de mayo de 1872, que otorgó al Consejo de Estado de Francia la facultad de administrar justicia en forma delegada y a nombre del pueblo francés. Pero la batalla final en la cual el Acto Administrativo consolidó la victoria del Estado de Derecho, se dio principalmente con el Fallo Blanco, del Tribunal de Conflictos de Francia.

Con el famoso fallo Blanco del Tribunal de Conflictos francés, pronunciado el 1 de febrero de 1873, se dijo, entre otras cosas lo siguiente:

> "La responsabilidad que puede incumbir (sic) al Estado en razón de la culpa de sus agentes no puede ser regida por los principios que establece el Código Civil para las relaciones de particulares con particulares; esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; ella exige reglas especiales que varían según las modalidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con el (sic) de los particulares.
> ...
> ...la competencia es administrativa desde que se trata de apreciar la responsabilidad del servicio público."

Entre los aportes de este famoso fallo podemos mencionar los siguientes:

a Se sostuvo la independencia de los principios que informan la responsabilidad estatal de las normas contenidas en el Código Civil, erigiendo la autonomía del derecho administrativo con relación a las otras ramas del derecho. A partir del famoso fallo Blanco los artículos del Código Civil dejaron de ser aplicados por los tribunales, y la "jurisprudencia francesa separó el derecho sobre indemnización de las normas del Derecho Privado,

integrándolo al Derecho Administrativo, por considerar que la responsabilidad del Estado no puede ser regida por los principios establecidos en el Derecho Civil, para las relaciones de individuo a individuo, ya que ésta tiene reglas especiales que varían según las exigencias del servicio, entre ellas la de conciliar los derechos estatales con los privados." (Ibidem:93)

b. El Tribunal señaló que la competencia para conocer de ese conflicto la tenía el Juez contencioso administrativo, por juzgarse a la persona del Estado.

c. Se comprendió, que tratándose de la responsabilidad de la administración no interesaba buscar el responsable a fin de imponerle la condigna sanción, sino reparar el daño causado en forma injusta a uno de los administrados.

Si bien, la teoría de la responsabilidad del Estado surgió en la esfera del derecho privado, hoy día pertenece a la teoría general del derecho, fundándose en distintos principios según el régimen jurídico aplicable. Por tanto, debemos concluir que los esquemas tradicionales de la responsabilidad civil, donde el agente cuya acción causaba el daño debía repararlo, resultaron insuficientes al momento de aplicarlos a la responsabilidad de la administración, quien en gran parte de los casos causa daños anónimos que se

producen por el simple hecho del funcionamiento de una actividad organizada, sin que se pueda identificar a un sujeto o agente físico específico como el responsable.

Una de las variables del sistema de responsabilidad directa del Estado es la que se funda en la teoría de la falta o falla del servicio, como causa del daño y de la obligación de repararlo, cuyo origen se remonta a los fallos de 1895 y 1903 del Consejo de Estado francés, planteado por los comisarios de gobierno Romieu y Teissier, criterios acogidos en el caso Nivaggione de 1904, en el que se expresó que sólo una falla del servicio podía explicar que semejante error hubiese sido cometido. La falta del servicio se concibe con un significado más amplio y objetivo que el de la culpa.**Hoyos** (1984:14)

Esta teoría se justifica por la propia naturaleza del Estado, cuya persona jurídica tiene como misión el servicio al bien común. Por tanto, en estrecha relación con la teoría de la responsabilidad del Estado, está el fin mismo que tiene el Estado, cual es el bienestar común. Es decir, que por ser el Estado moderno un Estado de derecho, y tender al bienestar común, debe indemnizar los daños y perjuicios que la actividad de la Administración o de los funcionarios ocasionen a los particulares.

C. Fundamento de la Responsabilidad del Estado. Teorías.

Al aceptarse la idea del Estado responsable, surgió la necesidad de responder a la siguiente pregunta: ¿cuál es el fundamento de esta responsabilidad?, interrogante planteada sobretodo, porque la evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado, inició con la teoría del Estado soberano irresponsable, por lo que resultaba necesario justificar la obligación del Estado de indemnizar los daños que causaba a los administrados.

Según Altamira, la indemnización por parte del Estado surge en el mismo momento en que la actividad estatal ha producido un daño.**Altamira** (1973:18) Pero ¿cuál es la razón que explica esta responsabilidad?. Explica este autor que para que el Estado pueda cumplir sus fines, entra en conflicto inevitablemente con otros intereses tan sublimes y respetables como los suyos propios, pero que por pertenecer sólamente a un individuo o cuando más a varios, deben ceder en beneficio de la colectividad, que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses, lo que hace que tengan prioridad sobre cualquier otro, pero esta cesión de intereses no puede quedar desamparada para luchar con los

medios egoistas que constituyen una sociedad, por lo que es necesaria una reparación.

En el hecho jurídico de la expropiación, por ejemplo, que algunos autores consideran como un precedente del desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado, el Estado le quita o expropia su inmueble a un particular en aras del interés social y está obligado por disposición constitucional a indemnizarlo, conforme los artículos 45 y 47.

El artículo 46 de la Constitución Nacional dispone que cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos c utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida con la misma Ley, el interés privado debe ceder al interés público o social. Aparecen aquí los conceptos de interés público, utilidad pública, interés social, conceptos muy relacionados al servicio público, sobre el cual se ha estructurado la actual teoría de la responsabilidad del Estado, a pesar de que el Estado también está obligado a responder, aún cuando el daño no haya sido causado en la prestación de un servicio público.

1. Teoría de la Representación o fundada en la culpa in eligendo e in vigilando.

Esta teoría guarda relación con la etapa en la cual la responsabilidad del Estado se fundaba en el Código Civil, de allí que sean dos civilistas sus principales exponentes, Meucci y Chironi.

Se concibe a la Administración como representada y al funcionario como representante, y se dice: como todo comitente es responsable de los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones, el Estado debe responder de los daños que causen sus funcionarios.

La crítica a esta teoría consiste en que es falso que la Administración elige a sus representantes, porque en estricto lenguaje son otros funcionarios los que eligen, por lo que éstos tendrían que ser responsables, resultando prácticamente imposible exigir a alguien la indemnización. Otro problema que plantea esta teoría, consiste en definir qué sucede cuando el funcionario que causó el daño actuó con culpa o negligencia, y es él directamente el responsable del daño; o en definir quien responde en los casos en que el daño ha sido producido sin culpa del funcionario o en el

supuesto de culpa concurrente entre el funcionario y el Estado.

Cabe advertir, que estos tres últimos supuestos, están entre las diversas situaciones o casos que actualmente encuentra el juzgador de cada país, y donde la jurisprudencia debe entonces definir el sistema de responsabilidad estatal respectivo.

Cómo podemos observar, esta teoría explica la responsabilidad del Estado presumiendo que la relación entre el Estado y sus funcionarios es de naturaleza civil, hecho que no es cierto porque se trata de una relación de derecho público.

No obstante, aunque este fundamento ha sido desplazado históricamente, grande fue su aporte en la época en que ni siquiera se concebía que el Estado soberano pudiese ser responsable.

2. Teoría Organicista.

Gierke tratando de explicar el porqué debía el Estado responder, expuso que las personas jurídicas estaban formadas por un conjunto de órganos, y así como analógicamente todo lo que hace la mano del hombre responde a éste, así lo que hace un órgano del Estado lo hace en

nombre de toda la persona jurídica, y no a título individual, por lo tanto, todo lo que hace el funcionario público se supone hecho por la Administración Pública y ésta es la responsable.

Nos parece que esta teoría en su abstracción del Estado como persona jurídica responsable y actuante, configura una distribución injusta de la carga del daño, porque pueden entonces los funcionarios actuar sin límites de precaución asumiendo que nunca se les va a pedir responder, mientras que los hechos y la historia indican que hay supuestos en que por la negligencia probada del servidor público, éste debe responder directamente y el Estado sólo subsidiariamente para no dejar en la indefensión al afectado. A nuestro juicio, en este último caso, sí es aplicable la teoría de la representación: cuando el funcionario público que causa el daño se le ha probado negligencia pero es insolvente, ya que en este caso es de justicia y de equidad que el Estado se responsabilice, no tanto de la elección de su funcionario, como de su actuar, porque es éste quien lo ha contratado y se ha beneficiado con el servicio.

3. Teoría de la proporcionalidad de las cargas.

Su propulsor fue Jorge Teissier quien decía que "Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del poder público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes.**Teissier** En: **Altamira** (1973:77)

Teissier se fundaba en dos antecedentes históricos: en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos, formulada por la Revolución Francesa en 1789 y en una fórmula que expresaba que las necesidades de la vida en sociedad imponen a todos los ciudadanos la obligación de soportar sin

indemnización, salvo ley en contrario, todas las consecuencias perjudiciales derivadas del ejercicio legal y regular del poder público y del funcionamiento normal de los servicios de interés general.(**Marcq, Ren** En: **Altamira** (1973:78) Contrario sensu, prosperaría la indemnización cuando los actos cometidos por la Administración excedieran el ejercicio de sus poderes legales (extralimitación de funciones o desviación de poder) o se causara algún daño en la prestación de un servicio público deficiente (teoría de la falla del servicio).

Observamos por tanto, que este fundamento excluye de indemnización aquellos daños causados por actos legítimos del Estado. Por ejemplo, la expropiación de la propiedad privada por razones de utilidad pública, es un acto legítimo autorizado por el ordenamiento jurídico, pero en el que la propia ley preveé una indemnización para el afectado. Así, cuando otros actos legítimos causan daño a un administrado, según esta teoría no son indemnizables a menos que hubiese una ley que expresamente así lo declarase.

Este fundamento puede ser calificado como filosófico o teleológico de la responsabilidad. Este principio de la carga desigual se tiende a confundir con el del enriquecimiento sin causa del Estado, es decir, aquel en el

que el particular sacrificio del administrado, deviene en un enriquecimiento o beneficio por parte del Estado. Sin embargo, no podemos asimilar estos fundamentos porque no siempre hay una utilidad para el Estado, y en estos casos no se podría sustentar entonces, la indemnización del daño ocasionado.

4. Responsabilidad por riesgo.

Su proponente fue Duguit, quien trató de sustentarla explicando la siguiente ficción: el Estado no se puede edificar más que sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que sufren un perjuicio originado por el funcionamiento de los servicios públicos, que se realizan en provecho de todos.

Esta idea se relaciona con la teoría del servicio público y con el concepto de la igualdad de todos ante las cargas públicas, es decir, que no puede pesar la actividad del Estado más sobre unos que sobre otros.

Es la colectividad la que repara el perjuicio en nombre del Estado, quien es asegurador del riesgo social - riesgo resultante de la actividad social - **Duguit** En: **ALTAMIRA**(1973:81)

La posibilidad de ocasionar el daño constituye el riesgo del cual hablamos. Esta es una teoría objetiva contraria a aquella que se funda en la culpa, planteada en materia de accidentes de trabajo, donde se ha establecido el deber de todo empleador de indemnizar los daños de sus trabajadores, sobrevenidos en el desempeño de sus funciones.

La teoría del riesgo, ha servido de fundamento, no sólo en materia de responsabilidad del Estado, sino también a la responsabilidad extracontractual del Código Civil, y sobre esta teoría se ha querido fundar la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado, ideas que han hecho crecer enormemente la ola de pretensiones de indemnización contra el Estado.

Consideramos, que por el vasto cúmulo de relaciones y vínculos que tiene el Estado con los administrados, éste está más propenso y corre el "riesgo" de causar daño con su actuar. Precisamente, porque los agentes de la administración pueden o no incurrir como cualquier persona en conductas negligentes que ocasionen daño.

El requisito sine quanon de esta teoría es la existencia de una situación excepcional de peligro o un riesgo de carácter extraordinario.

Critica esta teoría el jurista Marienhoff, quien afirma que el riesgo puede ser la causa del daño pero no el fundamento de la responsabilidad del Estado, y que la responsabilidad del Estado es consecuencia del Estado de Derecho, cuya estructura jurídica consagra o no la responsabilidad del Estado en el derecho público respectivo.

A nuestro juicio, la exigencia de una situación excepcional de peligro, es un concepto subjetivo que tendría que ser calificado, y en consecuencia se limitarían los daños indemnizables. Además, es falso que el Estado tenga un seguro social soportado por la caja colectiva, ya que si bien el Estado actúa a través de sus agentes y cuenta con un patrimonio propio, entran en juego otros factores reales y personales en las causas del daño. Un elemento personal lo es por ejemplo, el servidor público, quien podría ser responsable del daño por negligencia o dolo, o bien ser irresponsable del daño. En el primer caso, tendría el funcionario que responder por sus actos, al administrado y al Estado.

En cuanto a las teorías mencionadas, Entrena Cuesta sostiene que ya no sirve la teoría de la culpa como base o fundamento de la responsabilidad del Estado, puesto que éste

puede ser responsable sin necesidad de culpa; tampoco es suficiente la teoría del riesgo, ya que el deber de indemnizar se impone, a veces. sin que exista una situación excepcional de peligro; y es asimismo insuficiente la teoría del enriquecimiento sin causa, pues la responsabilidad existe frecuentemente aunque la Administración no se haya enriquecido.

5. Teoría de la Equidad.

Está relacionada con la teoría anterior, y propugna que si en virtud del riesgo existente, -se lesiona un administrado-, no tiene éste porqué soportar la carga pública, por los fines y actividades de servicio público que desarrolla el Estado, sin recibir la indemnización correspondiente. Sin embargo, esta teoría incluye un nuevo elemento, cual es que el Estado obtenga una ventaja o beneficio común.

Según Mayer, propulsor de esta teoría, las condiciones de la responsabilidad son tres: 1. Un daño causado por una fuerza que emana de la administración pública (relación de causalidad); 2. Que el daño **rompa la equidad**, porque en el Estado de Derecho y su régimen no hay nada contrario a la equidad en las cargas o imposiciones

públicas, según las facultades otorgadas por la ley y reglamentos; y 3 Un perjuicio material o sacrificio especial que comprenda una diferencia del valor de la fortuna, antes y después del acontecimiento que la produce, es decir, debe existir la disminución patrimonial probada, pero no necesariamente el aumento patrimonial para el Estado.

Consideramos que esta teoría alude excesivamente al daño de carácter patrimonial, sin considerar que el daño puede ser físico o incluso moral, ya que así ha sido aceptado por la doctrina general.

6. Teoría de la Solidaridad Humana.

Propuesta de Pedro Guillermo Altamira, que supone buscar las razones de la responsabilidad en el principio de solidaridad humana y no buscar sus fuentes ni en la moral ni en la caridad sino en la justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar con aquellas personas que: sin ser imputables, se ven afectadas por un perjuicio, imputable a un acto o hecho de un agente del Estado, que lo ocasiona en un acto del servicio o con motivo del o empleando los medios que el Estado le facilita, transformando la obligación moral impuesta por la

solidaridad humana de ayuda recíproca, en una obligación jurídica de indemnizar, otorgándole la acción y el derecho para exigirla. El Estado será responsable ya sea que actúe como persona de derecho privado o derecho público; siempre que el funcionario o agente de la Administración, o el funcionamiento normal o anormal de un servicio público cause un daño actual, directo y extraordinario, a la persona o bienes del administrado; y no tendrá el Estado esta obligación cuando el funcionario o agente se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de sus funciones, porque en este caso se considerará directamente responsable al funcionario.

Resulta interesante estudiar los distintos fundamentos expresados por la doctrina, porque de estas teorías se pueden deducir los elementos que a juicio del autor son necesarios para que exista responsabilidad por parte del Estado. En esta teoría el Estado responde de su actuación sin limitación alguna, salvo cuando el funcionario se ha extralimitado en sus funciones, distinguiendo entonces entre los actos lícitos e ilícitos, aunque incluye aquellos actos del agente donde ha intervenido culpa o negligencia.

Consideramos, que cuando una teoría distingue entre actos lícitos e ilícitos de la administración, adquiere

especial relevancia el principio de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, porque a nuestro juicio es necesario que el Estado responda en los casos de insolvencia del servidor público que ha sido directamente el causante del daño, aunque se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la regla aplicable en cada caso, es la jurisprudencia de cada país la que decide aplicar una u otra teoría, y Panamá no ha sido la excepción, tal vez debido a las lagunas existentes en nuestra legislación.

7. Teoría del Bien Común.

Fue propuesta por Altamira Gigena. Esta interesante teoría presenta como fundamento doctrinal de la responsabilidad del Estado, el mismo fin del ente administrativo. Cita este autor la norma constitucional argentina que impone como deber de los gobernantes defender la sociedad que gobiernan y a todos sus miembros, y que en nuestra Constitución equivale al artículo 17, el cual preceptúa que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de

los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley"; y afirma de esta norma, que al proteger los derechos de la sociedad deben tener principalmente en cuenta a aquellas personas que se han visto perjudicadas por un acto de la Administración y de un funcionario público. **(Altamira**, 1973:88)

Ciertamente el Estado debe propender al bien común, y en su actividad tiene algunas veces que sacrificar intereses individuales e incluso colectivos, pero si éstos son sacrificados con base en la ley, comprenden la cuota de cada individuo en el mantenimiento de la sociedad; cuestión distinta acontece cuando el administrado sufre un daño que no ha sido precisamente causado en aras del bien común. He aquí la diferencia entre un sacrificio del administrado y un daño causado al administrado.

Cabe observar, que el reconocimiento doctrinal de la responsabilidad del Estado, y el hecho de que la mayoría de los países consagren constitucional y legalmente esta responsabilidad, no es garantía en la actualidad de que el Estado responderá por los daños causados a los administrados.

8. Teoría de la Estricta Justicia.

Propuesta por Félix Sarria, profesor de la Universidad de Córdoba, quien invoca la justicia como el sentido y razón de la responsabilidad del Estado, considera que esta surge por el hecho mismo de las personas o de las cosas que el Estado tiene a su servicio, y que son varios los elementos que apoyan este sistema. La equidad juega un rol importante, pero también la justicia se hace presente en toda índole de relaciones generadoras de derechos. Señala Sarria que los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado son los siguientes: 1. Que entre el hecho y el daño medie una razón de causa y efecto; 2. Que aquél ocurra sin culpa del damnificado, que no sea su propia obra; y 3. Que el daño, ya permanente, ya accidental, sea efectivo, material y apreciable económicamente.

9. Fundamento del Sacrificio Especial.

Principio propuesto por Meyer, a través del cual se entiende que si el sacrificio es común, el Estado no es responsable, pero frente a un sacrificio especial que exceda

de una menera desigual y fuera de toda proporción y se traduzca en un daño material, la colectividad debe cubrirlo.

10. Nuestra Opinión.

Todas las teorías mencionadas contienen elementos legítimos que doctrinalmente ayudan a explicar cuál es el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, e incluso se complementan entre sí. La idea de encontrar un fundamento o teoría que justifique esta responsabilidad, surge, a nuestro juicio, de la época en que jurídica y jurisprudencialmente se evolucionó de un Estado irresponsable, a un Estado que no podía escapar de esta responsabilidad, por tratarse de un Estado de Derecho.

En sentencia de 12 de agosto de 1994, refiriéndose a la responsabilidad del Estado, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia afirmó que, "Como persona jurídica que es, sujeto de derechos y obligaciones, es responsable al igual que las personas de derecho privado, de los perjuicios que ocasionan sus agentes o funcionarios en el ejercicio de la actividad pública", acuñando el fundamento de la responsabilidad que evoca el artículo 1645 del Código Civil.

En igual sentido expresa Dromi que, el deber de resarcimiento gravita sobre el Estado, como sobre cualquier

otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho. **Dromi** (1997:765)

A nuestro juicio, el artículo 1645 del Código Civil contiene implícito el fundamento de la responsabilidad del Estado, cual es el mismo fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno, cuando se obliga a un tercero a responder por otro, en razón del vínculo que hay entre éstos.

No obstante las teorías presentadas, la responsabilidad extracontractual del Estado, con la correlativa obligación de indemnizar, puede existir al márgen de las expresadas nociones de culpa, dolo, riesgo objetivo y enriquecimiento sin causa.**Marienhoff** (1992:671)

D. Elementos de la Responsabilidad Civil del Estado.

1. La responsabilidad Civil del Estado y el Elemento Culpa.

La responsabilidad civil o extracontractual general también es llamada culpa aquiliana (Sentencia de 4 de septiembre de 1992, del Primer Tribunal Superior de Justicia, JURIS. Año 2 (17):153), porque tradicionalmente la culpa, unida al daño y a la relación de causalidad, han sido los tres requisitos indispensables para poder exigir la

indemnización derivada de esta responsabilidad. (Cfr. Sentencia de 26 de marzo de 1990 del Primer Tribunal Superior de Justicia, Revista de Jurisprudencia Juris No.2, Año 1, págs. 135-136).

Así, algunos autores al enumerar los elementos de la responsabilidad extracontractual general mencionan por ejemplo:

*En el Derecho Romano, la necesidad de que exista **"damnum injuria de datum"**.(**Pérez Vives**(1950:267-268)

*Y en la doctrina moderna, que evidencia una tendencia a la extensión de los requisitos de la responsabilidad civil, Laurent, exige para el surgimiento de esta obligación cuatro elementos: el hecho dañoso, el **acto ilícito, la imputabilidad y la culpa**. (Ver Sentencia de 26 de agosto de 1992, Primer Tribunal Superior de Justicia, JURIS. Año1(16):222).

Continuando esta línea, Colombo amplia a cinco los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual: el hecho humano positivo o negativo; **la violación del derecho ajeno**; el perjuicio efectivo o daño; el nexo causal y la **imputabilidad**. Y Díaz Pairo, autor cubano, considera como requisitos indispensables de esta responsabilidad: el hecho humano, **la ilicitud, la culpa**, el daño y el nexo

causal entre el acto u omisión culpable y el daño.(**Peirano Facio**(1981:225-226)(Cfr. Sentencia de 17 de agosto de 1990 del Primer Tribunal Superior Civil,JURIS.Año1(6):479-480)

Del conjunto de elementos citados, salta a la vista los conceptos de **culpa, ilicitud, imputabilidad y acto ilícito,** los cuales guardan relación con el acto o hecho que causó el daño y el sujeto responsable del acto y por ende del daño. Estos conceptos también guardan relación entre sí y con el elemento culpa, porque la ilicitud y el acto ilícito significan que no basta que la conducta del actor sea negligente, sino que debe ser ilegal o irregular; la imputabilidad significa que quien ejecutó el acto o hecho causante del daño se le puede atribuir la responsabilidad por dicho hecho o acto, y la culpa viene a delimitar el grado de responsabilidad de la falta cometida, es decir, si fue un descuido, o el intencional deseo de dañar, factor subjetivo que repercute en las consecuencias del daño, ya sea que se esté obligado sólo a indemnizar o también a sufrir las consecuencias del delito, la pena.

Algunos autores consideran sinónimos las ideas de responsabilidad, imputabilidad y culpabilidad. Sin embargo, Jiménez de Asúa, en términos penales, afirma que entre los tres conceptos existen diferencias: la imputabilidad afirma

la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable quien tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, aunque, en última instancia, es una declaración resultante del conjunto de los caracteres del hecho punible; y la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de índole normativa, pues no se puede hacer que un individuo sufra las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él. (**Osorio** (1989: s/n)

El Código Civil en su artículo 34c, distingue tres especies de culpa o descuido:

a) **Culpa grave**, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al **dolo**, que consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

b) **Culpa Leve**, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o

descuido, sin otra calificación significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

c) **Culpa o descuido levísimo** es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

La culpa, por tanto, es la falta de diligencia o cuidado de la persona que causó el daño, y como regla general es al afectado que alega el daño, a quien le corresponde probar los elementos de la responsabilidad, incluyendo la culpa.

Como hemos mencionado, algunos autores no exigen únicamente la conducta negligente, de descuido o de falta, sino que requieren que este actuar sea ilícito, es decir, que viole la ley o como dijo Colombo, que viole el derecho ajeno. Esta relación entre la culpa y lo ilícito aparece, precisamente, por los diferentes niveles de culpa, que como lo consagra nuestro Código Civil, puede, cuando es grave, llegar a asimilarse al dolo. Así, algunos autores, también

le llaman a la responsabilidad extracontractual, responsabilidad delictual.

La importancia que aún preservan estos conceptos, obedece a una época en que la teoría de la responsabilidad civil se fundó sobretodo en el elemento culpa. Sin embargo, modernamente el centro de la responsabilidad extracontractual ha pasado de la culpa al daño y con éste a la víctima del mismo, tratando de resaltar que no es tan importante la prueba del elemento culpa, sino que una vez probado el daño, éste sea resarcido.

Esta nueva corriente ha contribuido al reconocimiento y desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil del Estado, donde la culpa no tiene la misma importancia que en la teoría general de la responsabilidad extracontractual, toda vez que algunos actos del Estado incluso son anónimos, sin poder encontrar un culpable a quién exigir la responsabilidad, además de que en el aparato del Estado compuesto de muchos funcionarios y distintos niveles de autoridad, algunas veces es difícil encontrar un responsable o "culpable".

Por tanto, a pesar del importante lugar que históricamente ha tenido el elemento culpa en materia de responsabilidad civil, actualmente, trátándose de la

responsabilidad civil del Estado, éste no es un elemento necesario para demostrar la responsabilidad y que exista la obligación de indemnizar.

La culpa, en el caso de actos del Estado que causan daño, se identifica o relaciona con otros presupuestos; por ejemplo, el incumplimiento de la ley, la desviación de poder, la falta de competencia del funcionario o de la entidad que dictó el acto administrativo o el quebrantamiento de las formalidades legales, es decir, con los motivos de ilegalidad consagrados en el artículo 26 de la Ley 135 de 1943. Y cuando es un hecho material del Estado el causante del daño, no es presupuesto de esta reclamación probar alguno de los motivos de ilegalidad para que proceda la indemnización, sino probar si el daño fue causado en ejercicio de las funciones estatales o públicas o pretextando ejercerlas, o si se dio la prestación defectuosa del servicio público.

Hemos querido analizar el elemento culpa, precisamente porque este es el único elemento de los tradicionales en la responsabilidad civil, que no se exige expresamente tratándose del Estado responsable de daños y perjuicios, o bien podríamos decir, que no se exige con ese nombre, porque los motivos de ilegalidad de los actos administrativos, son

definitivamente actuaciones culposas, negligentes o descuidadas y por tanto, pruebas irrefutables de la culpa del funcionário o de la entidad responsable.

En este sentido, refiriéndose al elemento culpa, señala Libardo Rodríguez que la responsabilidad de la Administración es por regla general, responsabilidad por culpa, y sólo excepcionalmente lo ha sido sin culpa, es decir, objetiva o por riesgo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, la culpa exigida se diferencia sustancialmente de la culpa del derecho común, porque mientras ésta es eminentemente subjetiva, es decir, imputable a un individuo, aquella puede ser una culpa o falla funcional, orgánica o anónima, es decir, atribuible a la administración y no necesariamente a un funcionario en particular. **Rodríguez**, Libardo. (1996:372)

Agrega este autor, que para que surja la responsabilidad de la administración se requiere una actuación irregular, y que "la irregularidad de la actuación de la administración se traduce en lo que se ha denominado una culpa, falta o falla del servicio, o culpa de la administración, figura de origen jurisprudencial francés que se ha venido considerando en Colombia como el fundamento

principal de la responsabilidad administrativa y que se presenta cuando el servicio público no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente. **André De Laubadère, En: RODRIGUEZ, Libardo**, Idem.

En la historia del Estado como responsable extracontractual, desarrollada en el capítulo primero de esta tesis, vimos que en la primera etapa se trató de sustentar porqué el Estado no podía ser culpable, y lo eran sus funcionarios. Luego surgió el problema de la insolvencia de los servidores públicos, y en consecuencia la teoría de la responsabilidad indirecta del Estado, en donde si bien, el Estado se le eximía de culpa, sí podía obligársele a responder por el daño causado por el funcionario. Finalmente, se reconoció que el Estado podía ser responsable directo del daño y modernamente no se discute que el Estado puede ser responsable directo por la prestación defectuosa de los servicios públicos.

En cada época ha estado presente el problema de la culpa, por lo que la doctrina moderna ha querido superarlo esbozando otros fundamentos que expliquen por qué el Estado esta obligado a responder aunque no exista un culpable (teoría del riesgo, de la falla del servicio público, teoría de la legalidad y del estado democrático, etc.); y este

comportamiento de la doctrina, nos mueve a centrar la atención ya no en la culpa del responsable, sino en la importancia de la indemnización para el afectado con el daño, de allí que se diga que se ha pasado de la teoría de la culpa a la teoría del daño, fenómeno que coincide con la teoría de la responsabilidad objetiva, la teoría del riesgo y otras surgidas por la necesidad de hacer justicia a la víctima o afectado con el daño, incluso cuando no hay un culpable en el sentido estricto de la palabra.

Hablar de la culpa y lo ilícito trae a colación el tema de la actividad lícita lesiva del Estado, que consiste en aceptar que, el Estado es responsable de los daños que causa no sólo por su actuar ilícito (ej. Actos administrativos ilegales o irregulares), sino también de los daños que causa con su actividad lícita pero lesiva, tema desarrollado por los autores argentinos al estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado.

2. La culpa y el Abuso del Derecho.

El abuso del derecho es una de las formas de culpa del Estado o sus funcionarios y una de las formas de desviación de poder. Colin y Capitant estiman que, "hay abuso del derecho cuando una persona obra **sin interés personal** alguno,

impulsada por un sólo deseo de dañar, y **también** cuando media negligencia, falta de prudencia, es decir, culpa". **Molina** (1969:58-59)

Este es el concepto de abuso del Derecho que comparte nuestra jurisprudencia, y así lo manifestó el Primer Tribunal Superior de Justicia en auto de 11 de septiembre de 1990, cuando señaló que no se dio abuso del derecho porque "...si bien es cierto que la actuación del Banco Nacional como acreedor se fundamentó en un derecho, claramente consagrado..., no menos cierto es que había motivaciones de utilidad para éste y ninguna intención dañosa sin darse los presupuestos de culpa, negligencia, dolo o fraude." (**Juris**. Año1(7):555)

El abuso del derecho, por tanto, dice relación a la posibilidad de ejecución de una culpa dentro del ejercicio lícito de un derecho, es decir, dentro de los límites normales de éste, y se reconoce como una institución del moderno derecho de las obligaciones.

Como parte de su historia podemos citar el siguiente fragmento:

> "Tradicionalmente se había considerado que el ejercicio de un derecho dentro de los límites legales de él tenía que ser siempre justo; a la idea clásica del derecho absoluto no podía agregársele una teoría que limitara en cualquier forma el ejercicio de este derecho:

cuando en este ejercicio no se excedían los límites legales, aunque sí se causaran perjuicios a terceros, el titular de ese derecho no tenía por qué responder de estos perjuicios, por cuanto había obrado en ejercicio de una facultad legal.

Dentro de la tendencia general del derecho a buscar los medios de protección para los débiles socialmente, surgió la teoría del abuso del derecho como una de las formas de culpa.

Desde sus comienzos esta teoría tuvo gran aceptación, porque se encontró justa y razonada. Autores hubo que a ella se opusieron, argumentando principalmente que si se actuaba en ejercicio de un derecho no podía haber abuso de ese derecho, pero la gran mayoría la aceptó, y hoy todos los tratadistas la reconocen como una institución del moderno derecho de las obligaciones.

El famoso autor francés GEORGES RIPERT rechazó en un principio de la teoría; sin embargo, después la admitió, y creó un sistema que tuvo durante mucho tiempo gran auge, llegando a tener consagración en el Código Alemán de las Obligaciones, y que se ha llamado "sistema intencional".

De acuerdo con éste, dos cosas muy diferentes son el abuso del derecho y la culpa extracontractual, por cuanto en la culpa hay violación de una obligación general de prudencia y diligencia en tanto que en un acto abusivo no se viola ninguna obligación.

El abuso del derecho consiste, en síntesis, en el ejercicio de los derechos con la única intención de perjudicar a otro; si el titular de un derecho lo ejercita sin reportar de su actividad beneficio alguno, pero causa, en cambio, perjuicio a otro, está demostrando que su intención fue únicamente la de causar ese daño, y, por consiguiente, debe obligársele a repararlo.

Esta teoría que llegó a tener gran aceptación, se vio desplazada por el sistema de JOSSERAND, llamado "sistema funcional"; según éste, puede haber abuso del derecho no

> solo cuando la única intención del titular ha sido la de causar perjuicios a otro; abuso de un derecho hay en todos los casos en que él se ejerza en forma contraria a su destinación económica y social y por ese ejercicio anormal se cause un daño.
> Esta tesis logró su consagración legal en el Código Soviético de las Obligaciones.
> Estas dos teorías opuestas dieron lugar a grandes controversias, hasta cuando los HERMANOS MAZEAUD presentaron el problema del abuso del derecho como un simple caso de culpa, y demostraron que siempre se podría con este criterio evitar el ejercicio ilimitado de los derechos. Con esta tesis se simplificó el problema enormemente; ya no hay necesidad de averiguar una cuestión absolutamente subjetiva, como es la intención con que obre una persona, no hay necesidad de estudiar si el ejercicio de un derecho se llevó a cabo contra su destinación económica y social o no; para efectos de la consiguiente responsabilidad civil, solamente se tratará de un problema común de culpa; es decir, en consecuencia, si el titular del derecho obró o no como lo haría un hombre prudente y diligente colocado en las mismas circunstancias en que estaba el autor del hecho. (Alvaro Quiñones Daza, La Responsabilidad Civil en el Derecho Colombiano, pág. 71)". (En Sentencia de 14 de noviembre de 1990, del Primer Tribunal Superior de Justicia, Revista Juris,Año1(9):684-686)

Si bien nuestra jurisprudencia reconoce esta figura, nuestra ley la regula como uno de los motivos de ilegalidad, el denominado desviación de poder, consagrado en el artículo 26 de la Ley No.135 de 1943.

3. El daño material.

El daño debe ser acreditado, es decir probar su existencia lo que implica probar el monto. No se puede simplemente alegar que existe un daño, siendo uno de los errores cometidos con más frecuencia en las demandas de indemnización contra el Estado, en las que se pretende que la Administración repare daños y perjuicios que sólo enuncian, más no prueban. Sin la existencia probada del menoscabo o deterioro, la responsabilidad no se pone en movimiento, por tanto, el perjuicio es un elemento esencial de la responsabilidad.

En cuanto a la existencia del daño, doctrinalmente se dan algunas variables. Un sector de la doctrina exige que el daño sea actual y cierto; no futuro y eventual, pero la generalidad de la doctrina, si bien excluye el daño eventual (o sea el daño contingente que puede o no producirse) también acepta el resarcimiento del daño futuro pero de inevitable producción.

4 Que este daño haya sido causado por el Estado. Imputación del mismo al Estado. Relación de Causalidad

Estos conceptos explican por sí sólos que entre el daño alegado y la conducta estatal debe existir una relación

directa e inmediata de causa a efecto. El perjuicio no debe ser mediato o indirecto.

En cuanto a la naturaleza del daño causado por el Estado, ya hemos dicho que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia aceptan la responsabilidad del Estado incluso, por actos lícitos o que desarrolla en el ejercicio de su actividad, así que menos se discute la responsabilidad proveniente del comportamiento ilícito de la administración.

Algunos tratadistas hablan de la responsabilidad por daños causados en el ejercicio legal del Poder Público, para no hacer énfasis en la aparente oposición entre los conceptos licitud y responsabilidad. Sin embargo, sabemos que en la práctica puede el Estado desarrollar una actividad del ejercicio de sus funciones y causar un daño, que es un hecho no previsto.

Por ejemplo, el Seguro Social cumple sus funciones y brinda las prestaciones que corresponden a los asegurados; sin embargo, puede un doctor incurrir en negligencia en el desempeño de esta actividad lícita, lo que implica responsabilidad de indemnizar por parte de la Caja de Seguro Social. Son casos como éstos los que motivan nuestro interés de estudiar el tema de la responsabilidad del Estado, porque aquí puede estar presente la negligencia

probada y directa de un agente o servidor público de la Administración, a quien el sistema jurídico no le ha definido su responsabilidad, y quien consideramos debe responder por sus actos para no cargar onerosamente en estos casos al Estado.

Los daños producidos deben serle jurídicamente imputables al Estado. De allí que los daños producidos por caso fortuito o fuerza mayor no generen responsabilidad estatal. El artículo 990 del Código Civil consagra esta excepción.

Cabe observar que la generalidad de la doctrina no sigue el criterio restrictivo de Forsthoff y otros, quienes sostienen que para que el daño sea resarcible, debe afectar un derecho subjetivo y no meros intereses; sin embargo, la doctrina incluso acepta, en ciertos supuestos, que el Estado responda extracontractualmente por el daño moral, por lo que no se advierte por qué no habrá de responder por la lesión de meros intereses, si ello causa perjuicios materiales al administrado, toda vez que el daño material no sólo puede provenir del agravio a un derecho subjetivo sino también del menoscabo inferido a un mero interés.(Ibidem: 675)

En términos generales, la doctrina acepta la responsabilidad extracontractual del Estado cuando los

derechos lesionados son morales o meros intereses, porque lo que efectivamente se va reparar no es el daño moral sino el material, además de que hay en estos casos un daño material probado.

El Consejo de Estado de Francia, con el comentario favorable de la doctrina de dicho país, ha acordado jurisprudencialmente para estos casos una indemnización global que no permite discriminar la parte del perjuicio específicamente moral.(Idem:677)

CAPITULO SEGUNDO

I. Fundamento Constitucional.

A. Generalidades.

Algunos autores, al explicar el fundamento de la responsabilidad civil del Estado, sustentan su teoría en normas constitucionales de las cuales deducen la obligación del Estado de responder por los daños que causa a los administrados. Consideran, que si la Carta Magna de un país reconoce esta responsabilidad, su consagración constitucional justifica este principio, pero que si no se consagra constitucionalmente, nada compele a la autoridad administrativa a responder por los daños que ocasiona.

Manuel María Diez considera que se debe insistir en que el fundamento de la responsabilidad del Estado ha de figurar en la Constitución Nacional, idea que ha tenido cabida en muchas constituciones provinciales de la nación Argentina (**Altamira Gigena,** (1973:9). Y explica este autor, que el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado lo proporciona la Constitución Nacional, porque la actividad de algunos de sus órganos puede causar un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra en sus artículos 14 a 20 (Ibidem:90).

Cabe observar, que dentro de un mismo sistema normativo los tribunales pueden variar el fundamento de la responsabilidad del Estado, de un caso a otro, en perjuicio de que, al aplicar uno u otro fundamento, el Estado resulte irresponsable. Si tomamos como ejemplo la teoría del riesgo propuesta por Duguit, el requisito sine quanon de esta teoría es la existencia de una situación excepcional de peligro o un riesgo de carácter extraordinario, sin embargo, el deber de indemnizar se impone, a veces, sin que la Administración haya creado dicho riesgo.

Por su parte, Altamira Gigena afirma que el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado debe encontrarse en la Ley Fundamental, sin perjuicio de que también expresamente lo consagren algunas leyes especiales, para que, además de los fundamentos doctrinarios, tenga también uno legal, constituyendo una verdadera garantía. Según este autor, la Constitución Argentina no tiene una disposición que en forma expresa declare la responsabilidad del Estado pero implícitamente está reconocida en el artículo 16, que consagra la igualdad ante la ley; el 17 que establece la inviolabilidad de la propiedad y el 100 que establece que el Estado nacional puede ser demandado sin establecer ninguna clase de prerrogativas (Ibidem:89).

Bartolome Fiorini sostiene que la responsabilidad del Estado se fundamenta en el principio esencial de la demandabilidad del mismo, e invoca las normas que consagran que el Estado puede ser parte y enjuiciable. Considera este autor, que este fundamento confirma plenamente la vigencia del Estado de derecho, que armoniza además con el principio consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional, que asegura la igualdad de todos los habitantes de la Nación ante la ley (Fiorini En Andorno, 1990: 80 y 81).

Se observa entonces, que en países como Argentina, donde la Constitución no tiene una norma que expresamente consagre la responsabilidad del Estado, la doctrina ha justificado la obligación del Estado de indemnizar, basándose en otros principios constitucionales, como por ejemplo: el principio de la igualdad de todos ante la ley, teoría propuesta por Mayer; o el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas, principio sostenido por Teissier en su teoría de la proporcionalidad de las cargas que tiene su base en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Para fundamentar la responsabilidad del Estado, también pueden invocarse los principios que surgen de las disposiciones constitucionales sobre expropiación. Quienes

lo sostienen así, lo hacen por la indemnización que se garantiza al expropiado; sin embargo, en este caso específico, es el ordenamiento jurídico el que reconoce el procedimiento y una indemnización para el daño que causa la expropiación.

A pesar de los aportes de cada una de las teorías mencionadas, de las analogías e interpretaciones de principios constitucionales, lo cierto es que estas construcciones doctrinales surgen ante la ausencia de una norma que expresamente, y sin lugar a dudas, consagre la responsabilidad civil del Estado.

De allí el aporte invaluable, de algunas Constituciones provinciales modernas de la Nación Argentina, que consagran en forma clara y precisa la responsabilidad del Estado. Y la ventaja de los Tribunales de estas provincias, que no tienen la necesidad de recurrir al Código Civil buscando llenar vacíos dejados por la legislación provincial, porque la Ley Fundamental con todo énfasis la declara.

Interesante es citar algunos de estos preceptos constitucionales, por lo que a continuación transcribimos, en su orden, los artículos 80, 254 y 23 de las provincias de Misiones, Neuquén y Río Negro, respectivamente:

> "La Provincia y sus agentes son responsables del daño que éstos causaron

> a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones".
>
> "La Provincia, las municipalidades, las reparticiones autárquicas o autónomas pueden ser demandadas directamente ante los Tribunales Provinciales, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de competencia federal, pero si fuesen condenadas a pagar suma de dinero no se hará ejecución ni se trabará embargo alguno en sus bienes o rentas, debiendo en tal caso la Legislatura, en el período de sesiones ordinarias inmediato a la ejecutoria, arbitrar las formas de efectuar el pago, cesando el privilegio si así no lo hiciere. En la misma forma se procederá con los bienes pertenecientes a las empresas de servicios públicos."
>
> "La Provincia es responsable por los actos de sus agentes realizados con motivo y en ejercicio de sus funciones. Puede ser demandada sin necesidad de autorización previa. Si fuera condenada a pagar suma de dinero, sus rentas no podrán ser embargadas, a menos que la Legislatura no hubiese arbitrado los medios para efectivizar el pago durante el período de sesiones inmediato a la fecha en que la sentencia condenatoria quedara firme. En ningún caso los embargos trabados podrán superar el 20% de las rentas anuales."

El texto de estas normas pone de relieve los diferentes sistemas de responsabilidad que puede consagrar un ordenamiento jurídico.

La primera norma consagra la responsabilidad directa de la provincia de Misiones, y señala como responsable no sólo

al ente público, sino también a los agentes de la administración. Consagra esta norma, a nuestro juicio, una responsabilidad solidaria, porque puede demandarse, indistintamente, tanto a la provincia, como al agente que en el mal desempeño de sus funciones causó el daño, o a ambos. Cabe observar, que la provincia y los agentes no responden cuando el daño proviene de la actividad lícita de los funcionarios administrativos, ya que la norma pone de relieve que el daño debe haber sido causado "por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones" las del agente, así que debe probarse la infracción de sus deberes y funciones.

La segunda disposición, en vez de consagrar la responsabilidad de la provincia, se refiere a que ésta puede ser demandada, al igual que las municipalidades y las reparticiones autónomas; y en este sentido coincide con el criterio expuesto por Bartolomé Fiorini, quien sustenta como fundamento de la responsabilidad del Estado, el principio de la demandabilidad del mismo (Supra p.2). Esta norma no se refiere al ente público en términos generales, sino que distingue la provincia de las municipalidades y de las reparticiones, todas divisiones políticas de la región de Neuquén, señalando que éstas pueden ser "demandadas

directamente" ante los Tribunales Provinciales, es decir, sin necesidad de cumplir con ningún otro requisito. Preceptúa esta norma, que al ser demandada la provincia cabe la posibilidad de que sea condenada a pagar suma de dinero; caso en que no se ejecutará ni embargarán los bienes o rentas de la provincia, sino que la Asamblea Legislativa en el período de sesiones ordinarias siguiente, arbitrará la forma de efectuar el pago, so pena de perder el privilegio de no ser embargada; y esta misma solución se aplica cuando se trata de bienes pertenecientes a las empresas de servicios públicos.

Finalmente, la tercera norma consagra una fórmula distinta a las anteriores, en la cual se reconoce o se acepta que es la provincia la responsable por los actos de sus agentes, aquellos actos realizados "con motivo y en ejercicio de sus funciones", por lo que aquí será el ente público el demandado y en ningún caso quedará el administrado en la indefensión; esta afirmación no excluye la responsabilidad por los hechos de la administración que causen daño. No define esta norma si el agente que causó el daño le cabe algún tipo de responsabilidad, o si la provincia puede repetir contra él. En cuanto al modo de hacer efectiva la indemnización, se prohibe el embargo de

las rentas de la provincia de Río Negro al igual que la disposición anterior prohibe el embargo de las rentas de la provincia de Neuquén, a menos que la Legislatura no hubiese arbitrado los medios para hacer efectivo el pago.

Los sistemas de responsabilidad consagrados en las constituciones de las provincias argentinas mencionadas, además de establecer la obligación del Estado de indemnizar, regulan el modo de hacer efectivo el pago, hecho de una relevancia extraordinaria, porque esta regulación constituye una garantía real al principio de responsabilidad estatal y le otorga eficacia a sus normas. Muchas veces, aunque el ordenamiento jurídico de un país consagre la obligación del Estado de indemnizar, se es excéptico acerca de la posibilidad de que el Estado pague al administrado los daños causados.

De todo lo expuesto, coincidimos con los autores citados en que resulta imprescindible en un Estado de derecho contar con una norma constitucional que sustente la obligación del Estado de responder por los daños que causa a los administrados, no tanto, para saber si el Estado debe responder, porque el principio de la responsabilidad estatal es inherente al Estado de derecho democrático, sino para definir el sistema adoptado por el respectivo país, ya que,

como hemos visto, la responsabilidad del Estado admite variaciones de un país a otro. Si la transgresión de las normas a las que está sometido el Estado, no tuviera consecuencias, en nada se diferenciaría el Estado de Derecho del estado de fuerza.

En sentido análogo se expresa el doctor Eduardo Morgan Jr. al señalar que "en países de poca tradición jurídica como el nuestro, las instituciones que garantizan los derechos de los individuos frente al Estado deben estar establecidas de manera clara y precisa en la Carta Fundamental". **Morgan** (1961:44)

La importancia de esta norma se debe, a que vivimos en un Estado de derecho, donde la administración sólo puede hacer aquello que la ley prescribe, de lo contrario se viola el principio de legalidad, y la ausencia de una norma que defina el sistema de responsabilidad, hace surgir dudas sobre el alcance de la responsabilidad estatal frente a los daños que ocasiona su actividad.

En este sentido, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, expresó en Sentencia de 12 de agosto de 1994, que "el surgimiento del Estado de Derecho señaló el camino para la posterior aparición y desarrollo del concepto de responsabilidad directa del Estado", (pág. 8) y en líneas

siguientes afirmó citando a Escobar López, que "Esa responsabilidad se origina en la esencia jurídica del Estado de derecho, de la administración reglamentada y el rechazo de las facultades discrecionales y políticas, absolutas, para los gobernantes". ESCOBAR LOPEZ,Edgar, (1991:28-29)

Altamira Gigena propone como modelo de norma constitucional la siguiente: "El Estado es responsable por los daños que causa en su actividad administrativa por actos administrativos y por hechos materiales, como también por su actividad legislativa y por su actividad judicial" (Op. Cit.:10).

Los elementos de esta disposición son los siguientes:

- Se consagra constitucionalmente que la actividad estatal es responsabilidad directa del Estado, aunque sea un funcionario público el que materialmente cause el daño, y conforme esta disposición, aun siendo el funcionario responsable personal del daño, se puede demandar al Estado.
- La responsabilidad civil del Estado por los daños que ocasiona su actividad, prospera independientemente de la actividad que realiza, por lo que se deriva, ya sea, de su actividad administrativa, legislativa o judicial.

- La actividad administrativa puede revestir la forma de actos administrativos o tratarse de hechos materiales de la administración, y el Estado responde por ambos.

Tal como se observa, la norma propuesta por Altamira consagra constitucionalmente el principio del Estado responsable, comprendiendo todas sus actividades, tanto las administrativas, como las legislativas y judiciales. Incluso admite expresamente la responsabilidad del Estado tratándose de hechos de la administración que causen daño. Otro aporte de esta norma, es que consagra la responsabilidad directa de la administración, es decir, reconoce que la actividad estatal, si bien materialmente la ejecutan los funcionarios públicos, es una actividad del Estado y no del funcionario.

La norma propuesta admite expresamente la responsabilidad estatal por los actos judiciales y legislativos. Esta especificación podríamos atribuirla a que es la jurisdicción administrativa quien tiene competencia para conocer las demandas indemnizatorias contra el Estado, y la misma se ocupa de revisar únicamente los actos y la actividad administrativa, no los actos judiciales ni legislativos, por lo que se requiere una consagración

expresa. Además, es la ley de cada uno de éstos órganos la que debe consagrar expresamente los mecanismos y recursos contra estos actos.

Así por ejemplo, en la vista fiscal presentada por el señor Procurador de la Administración, al contestar la consulta de inconstitucionalidad que fue fallada mediante la Sentencia de 12 de agosto de 1994, expresó que el juzgador había errado en su interpretación del artículo constitucional 203 numeral 2, porque la competencia que se le asigna a la Sala Tercera es dentro de la **jurisdicción contencioso administrativa**, mientras que la "responsabilidad derivada de los daños ocasionados por los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones, escapa del ámbito de esta especial jurisdicción, para lo cual, la ley procesal ha creado los mecanismos legales correspondientes" (pág3), es decir, son actos judiciales y no administrativos.

La responsabilidad por actos judiciales se diferencia de la responsabilidad por actos administrativos, por la naturaleza de las funciones que el ente público realiza, pero ambas son funciones públicas, donde se valora la responsabilidad del Estado o de un servidor público.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia determinó que la Administración de Justicia es un servicio público, y

que los daños que se causen con la prestación defectuosa de este servicio deben ser indemnizados y son competencia de la Sala Tercera conforme el artículo 203 numeral 2 de la Constitución Nacional. Aquí la competencia está atribuida a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no por la naturaleza del acto, sinó porque se trata de un servicio público.

La función legislativa, es impersonal e imperativa, y sigue para su creación reglas generales preestablecidas, y en su contenido, la ley, que es el acto a través del cual se expresa esta función, sólo puede ser demandada por vía de inconstitucionalidad. Y según el jurista colombiano Juan Carlos Henao, la doctrina no discute que tanto las inconstitucionalidades como las ilegalidades pueden dar pie a demandas de indemnización, de probarse el daño y la relación de causalidad con dicha actuación pública, opinión que compartimos cabalmente. (Ponencia presentada en el Seminario de Actualización sobre Responsabilidad Civil, del 23 al 27 de marzo de 1998, en Atlapa, Panamá).

La actividad judicial, por su parte, protege y dice el derecho ante su desconocimiento o falta de certeza, y se lleva a cabo a través de un proceso legal preestablecido también, cuyo incumplimiento tiene regulado en la ley sus

consecuencias. Esta actividad se expresa a través de los actos jurisdiccionales o judiciales -sentencias, autos, proveidos o providencias-, la ejecutan funcionarios públicos con competencia y jurisdicción, la responsabilidad en esta actividad la acepta y regula el Código Judicial en su artículo 200, y por tratarse de un servicio público, la Sala Tercera es la competente para conocer de estas demandas de indemnización.

La función ejecutiva o administrativa, que al igual que las otras dos, no se encuentra circunscrita a un solo órgano del Estado, es contínua y permanente en relación con la actividad legislativa y la judicial, se desenvuelve por medio de decisiones concretas, relativas a asuntos determinados, por la necesidad de resolver las variadas dificultades que suscita la empresa estatal, y se expresa a través de actos administrativos que garantizan que la administración no proceda en los casos individuales, por operaciones materiales inmediatas, sino que por una declaración previa de voluntad, sometida a una forma determinada de acuerdo con la ley, se vincula recíprocamente a la administración o Estado y al administrado.

En Panamá, no encontramos jurisprudencia contenciosa que condene al Estado por daños; sin embargo, ésta reconoce

que el Estado está obligado a indemnizar los daños que ocasiona su actividad administrativa, y declara en múltiples fallos que la parte actora ha invocado daños sin probarlos. Respecto a los actos judiciales, se ha reconocido la obligación del Estado de responder por los daños que cause la prestación defectuosa del servicio público de administrar justicia, sin embargo, la jurisprudencia no se ha pronunciado respecto de los actos legislativos. Sólo encontramos

A nuestro juicio, si el ordenamiento jurídico consagra que el Estado es responsable sin especificar cuáles actos del Estado pueden demandarse por daños y perjuicios ante la jurisdicción contenciosa, debemos entender que es la actividad administrativa y la actividad que deviene de la prestación defectuosa de un servicio público, la que puede ser demandada ante la jurisdicción contenciosa por los daños que ocasiona, por lo que tratándose de los actos judiciales y legislativos debe consagrarse expresamente la responsabilidad del Estado por estos actos y la jurisdicción competente, a menos que estas dos funciones del Estado se consideren un servicio público.

Esto se debe a que, la responsabilidad del Estado está garantizada por la jurisdicción contenciosa administrativa,

que tiene como finalidad proteger a los administrados de la administración y restablecerles el derecho violado, incluyendo la reparacion de los perjuicios. Por tanto, en materia de responsabilidad estatal, los actos administrativos, legislativos y judiciales tienen un tratamiento distinto en el ordenamiento jurídico, así como distinta es su naturaleza.

B. La Responsabilidad del Estado en la Constitución Política de la República de Panamá.

Las disposiciones de la Constitución Política de la República de Panamá, que a nuestro juicio sirven de fundamento al principio de responsabilidad extracontractual del Estado, son los artículos 18 y 203 numeral 2, de cuyos textos se puede deducir que nuestra Carta Magna reconoce el principio del Estado responsable, aunque nada dispone sobre el modo de ejecución, o el modo en que se hará efectivo el pago de esta obligación estatal, laguna que genera la idea de que el Estado nunca pagará o responderá por los daños que cause.

1. Artículo 18 de la Constitución. Principio de Legalidad.

El artículo 18 dispone que los "particulares sólo son responsables ante la autoridad por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son

por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas."

El doctor César Quintero en su tomo I de Derecho Constitucional, analiza este precepto bajo el título de "Responsabilidad de los particulares y de las autoridades", aunque paradójicamente luego afirma que esta fórmula es más de carácter declarativo que normativo, y que consagra en forma redundante el principio de legalidad, inherente a todo sistema constitucional que establezca un régimen de derecho. Reconoce que esta norma establece una diferencia en cuanto el principio que regula la responsabilidad de los particulares y el principio de legalidad que rige la responsabilidad de las autoridades, quienes no sólo son responsables por la infracción de las normas jurídicas, sino también por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones (Quintero, 1967:136-137).

La regla contenida en el artículo 18 de la Constitución, antes artículo 20, es exactamente la misma que aparecía en el artículo 25 de la Constitución de 1941 y en el artículo 35 de la de 1904, y así mismo una reproducción del artículo 20 de la Constitución colombiana de 1886, por lo que la consagración de este principio no es de reciente fecha.

Esta norma expresamènte enuncia el término responsabilidad, para consagrar la de los particulares y los servidores públicos, y declara que el servidor público que se extralimite en sus funciones u omita ejercerlas incurre en responsabilidad.

Como bien lo enunció el Dr. César Quintero, esta disposición consagra el principio de legalidad que rige el Estado de Derecho, donde las autoridades sólo pueden hacer aquéllo que la ley expresamente le autoriza. "El principio de legalidad es la base de la actividad de la administración y de él fluye la presunción, garantía o prerrogativa según la cual las autoridades proceden conforme a la ley, o más exactamente, obedeciendo el orden jurídico aplicable. Este principio es fuente del que èmana lo más importante del derecho administrativo en cuanto respecta a la esencia del acto administrativo como expresión de voluntad de la administración y, así mismo, de la jurisdicción contencioso administrativa como guardiana de ésta, a la que la ley ha ido dando, progresivamente, la facultad de sancionar aquellas desviaciones que respecto al principio de legalidad, incurra la administración a través de sus actos. De esta suerte, la ley ha puesto a disposición de los administrados medios -llamados acciones- para controlar la

observación de esa legalidad por parte de la administración." (Penagos, 1992:27)

El Estado de Derecho presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado, que permite frente a él un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables (citado por Hoyos 1984:13). Por tanto, la regla general es que todo Estado de Derecho responde por los perjuicios que ocasiona, y vemos entonces, que el principio de legalidad, inherente al Estado de Derecho, está íntimamente relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado.

Si el Estado se sustrae del principio de legalidad, y viola las normas a las que está sometido, las consecuencias son dos: la primera, es que la legalidad debe restablecerse en todos los casos en que es posible, y esto se hace haciendo desaparecer el acto del mundo jurídico; y la segunda, es que debe reparar todos los daños y perjuicios ocasionados, si los hay. Algunos autores, como Gómez Cardona, denominan a la primera responsabilidad no patrimonial, y a la segunda, responsabilidad patrimonial

(Gómez Cardona 1995:8), términos a los que también aludiremos.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad está garantizado por las acciones que otorga la jurisdicción contencioso administrativa a los administrados, cuales son para la primera consecuencia, las acciones contencioso administrativas de nulidad y de plena jurisdicción; y para la segunda consecuencia las acciones de indemnización contra el Estado o sus funcionarios.

La redacción del artículo 18 nos recuerda la época en que imperaba el sistema de responsabilidad personal del funcionario, porque esta norma no menciona al Estado directamente, sino que se refiere expresamente la responsabilidad de los servidores públicos. Recordemos que en este sistema los actos que causan daño tienen un carácter personal y hay que probar la culpa del funcionario que causó el daño para tener derecho a la indemnización, y el Estado no responde por este daño porque sólo puede realizar actos conforme a derecho.

También puede identificarse el texto del artículo 18 constitucional, con el sistema de responsabilidad indirecta del Estado, aquel que imperó después del sistema de responsabilidad del funcionario, en que el Estado respondía,

no porque le fuera imputable el daño, sino a causa de la insolvencia del servidor público.

Otra interpretación que podemos darle a esta disposición, consiste en aceptar que si se reconoce la responsabilidad extracontractual de los servidores públicos, dicha disposición está reconociendo implícitamente la responsabilidad extracontractual del Estado, porque son aquéllos los que representan y ejecutan las funciones del Estado, y ya hemos dicho que el principio de legalidad al que están sujetos los funcionarios del Estado, está íntimamente relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado. Así lo han considerado diversos autores, que ven en esta norma constitucional, el fundamento de la responsabilidad de la administración. ¿Pero, qué interpretación merece esta norma según nuestro estudio?

Sabemos bien, que una conclusión en este sentido no puede tomar en cuenta sólo la disposición citada, sino que debe ser una interpretación integral y sistemática y tomar en cuenta todo el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, podemos adelantarnos y decir que, siendo nuestro país un Estado de Derecho, cuya Carta Magna consagra el principio de legalidad, debe el Estado responder por los daños que cause su actividad. Así lo reconoció nuestra

Corte Suprema en la Sentencia de 12 de agosto de 1994 (supra p.78).

La actividad de la administración siempre será ejecutada por los servidores públicos, quienes materialmente emitirán el acto administrativo y ejecutarán el hecho causante del daño. Por tanto, si bien el artículo 18 constitucional consagra la responsabilidad que le cabe a los servidores públicos cuando ejercen sus funciones o pretextan ejercerlas, éstos actúan en nombre y representación de los entes públicos y no para su propio beneficio. Así que, independientemente de la responsabilidad personal del funcionario, está la persona jurídica del Estado, que en última instancia debe ser solidariamente responsable con el sujeto activo del daño, si lo hay. Esta es la **responsabilidad del Estado**, que conforme a la doctrina moderna es inherente a todo Estado de Derecho.

El alcance de esta responsabilidad del Estado, quedó establecido en la sentencia de 12 de agosto de 1994, al resolver la consulta de inconstitucionalidad presentada por la Magistrada Elitza A. Cedeño del Primer Tribunal Superior de Justicia, en contra del último párrafo del artículo 200 del Código Judicial, en la cual se afirma que, la responsabilidad directa del Estado implica que éste es

responsable por los daños que en el ejercicio de sus funciones ocasionen sus funcionarios, operando un traspaso de las obligaciones dimanantes de la responsabilidad de dichos funcionarios, lo que no sólo se funda en la necesidad de colocar al particular afectado frente a un deudor (el Estado) de suficiente solvencia, sino también como postula Forsthoff, "en la circunstancia de que es él el que forma a los funcionarios, los examina, los coloca en el puesto conveniente, los tiene disciplinariamente en sus manos y es, integralmente, el señor del servicio dentro del cual acaece la acción que obliga a la compensación por daño.

Al pasar del sistema de responsabilidad del funcionario, al de responsabilidad indirecta del Estado, se sostuvo que el avance se debió a que se necesitaba un deudor de suficiente solvencia para que el administrado no quedara en la indefensión, pero nuestra jurisprudencia sostiene que además de esta razón, la responsabilidad del Estado por los daños que en el ejercicio de su actividad pública ocasionen sus funcionarios, se funda en la teoría de la representación, que guarda relación con las teorías de la culpa in eligendi e in vigilandi.

A nuestro juicio, más que fundarse en una culpa de haber elegido o dejado de vigilar, la responsabilidad del

Estado tiene su fuente en el mismo principio que rige para la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes con ocasión de sus funciones, que obedece al hecho de que no sólo se es responsable por los actos u omisiones propios, **sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder**, y el Estado debe responder por los daños que causen sus funcionarios en la práctica de su gestión o en el ejercicio de sus funciones, tal como lo consagra el artículo 1645 del Código Civil, disposición importantísima, porque de ella se deduce el fundamento legal de la responsabilidad del Estado en nuestro ordenamiento jurídico.

La doctrina mayoritaria considera que el fundamento de la responsabilidad de los dueños y directores de establecimientos por los actos de sus dependientes, se basa en la teoría de la representación, que equivale a decir que el establecimiento responde por los actos de aquellas personas que lo representan de algun modo, relación que se asimila a la del Estado y sus funcionarios.

Para precisar los conceptos contenidos en el artículo 18 comentado, citamos a continuación la definición de servidor o funcionario público, contenida en el artículo 294

de la Constitución: "Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Organo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciben remuneración del Estado." Por su parte la Ley de la Carrera Administrativa preceptúa en su artículo 2 que, servidor público es la persona nombrada temporal o permanentemente en cargos del Organo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, la que perciba remuneración del Estado. Los servidores públicos se clasifican, para efectos de la presente Ley, en: 1. Servidores de Carrera; 2. Servidores Públicos de Carrera Administrativa; 3. Servidores Públicos que no son de carrera.

Ambos conceptos comprenden a todos los servidores públicos del Estado. Así, cuando se habla de la responsabilidad del Estado o de los servidores públicos, estamos afirmando que la jurisdicción contenciosa administrativa ejerce control no sólo sobre los actos administrativos de la rama ejecutiva, sino sobre todos los entes públicos y sus funcionarios por las actividades de esta naturaleza que realizan.

Las manifestaciones de la administración que pueden causar daño a los administrados, consisten en actos formales o hechos materiales. El acto administrativo podemos definirlo como una declaración previa de voluntad, sometida a una forma determinada y de acuerdo con la ley, que vincula a la administración si incumple la ley, de allí que pueda ser atacado de ilegal y generar responsabilidad para su emisor. Pero además de los actos administrativos, la administración también se expresa en la ejecución de los actos, a través de hechos materiales que pueden causar daño.

Una de las características del acto administrativo, es que es proferido por una autoridad de la administración, razón por la cual, si el acto administrativo infringe la ley, porque no ha sido emitido conforme a derecho, situación que se prueba a través de un proceso contencioso, el servidor público es responsable. Pero igual responsabilidad procede contra el funcionario de la administración si se extralimita en sus funciones u omite ejercerlas como se lo ordena la Constitución y la ley. La extralimitación de funciones significa que no tenía facultad cuando causó el daño; y la omisión significa que nisiquiera cumplió con sus obligaciones. Por tanto, los funcionarios de la administración son responsables de los perjuicios que

ocasionan: cuando ejercen sus funciones (infracción literal de los preceptos legales) y causan daño, cuando pretextan ejercerlas (falta de competencia) y cuando no las cumplen (infracción por omisión).

Los supuestos consagrados en el artículo 18 de la Constitución, guardan relación con el artículo 26 de la Ley 135 de 1943, subrogado por la Ley 33 de 1946, que consagra los llamados motivos de ilegalidad de los actos administrativos.

Los motivos de ilegalidad consagrados en la ley contenciosa son los siguientes:

a) La infracción literal de los preceptos legales.

Toda decisión administrativa, de cualquier categoria, está sujeta al orden jerárquico de las normas y la violación de estas normas se puede dar en concepto de violación directa por omisión, por interpretación errónea y por aplicación indebida.

La violación es directa cuando la administración ha actuado como si la regla no existiera, no teniéndola en cuenta (Riveró citado por Penagos, 1992:563). "La violación directa se consuma cuando el funcionario deja de aplicar un texto claro de ley que debio aplicar, o cuando este texto es aplicado desconociendo un derecho que dicho texto consagra."

(Fallo de 21 de junio de 1966; Repertorio Jurídico, jun. 1966).

La falsa interpretación se da porque el funcionario entiende la norma equivocadamente, lo que constituye un error de derecho; o bien porque la interpreta en forma demasiado casuista para luego sacar conclusiones generales.

Y la aplicación indebida de la ley se da cuando el funcionario a un caso aplica una norma que regula otra situación (Penagos, 1992:565-566).

Este motivo de ilegalidad puede confundirse con la falta de competencia o con el quebrantamiento de las formalidades legales, porque en estos casos también se infringe alguna disposición, así que estas causales de nulidad guardan relación entre sí.

b) Falta de competencia o jurisdicción del funcionario o la entidad que dictó el acto.

Este motivo de ilegalidad equivale a la extralimitación de funciones. La extralimitación de funciones significa hacer más de lo que la ley prevé u autoriza, o realizar funciones que no le competen por el cargo que ocupa el funcionario. La competencia es la capacidad jurídica que atribuye la Constitución o la ley en concreto a un funcionario, para ejercer determinadas funciones. Cuando se

excede esta competencia se incurre en violación de la ley, el acto puede acusarse de ilegal, y puede acarrear responsabilidad.

La competencia se determina por los factores materia, tiempo y el lugar.

La jurisprudencia francesa considera la incompetencia como un vicio de orden público, que genera la nulidad de los actos administrativos por violación de la ley que determina en cada caso la capacidad jurídica del funcionario.

c) Quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse.

Significa que cuando la ley consagra un procedimiento o formalidad para la elaboración o expedición de un acto administrativo, su inobservancia puede suponer la invalidación del mismo.

"Pero no todas las formas tienen un mismo alcance o valor, pese a que algunos autores con base en un culto exagerado a éstas sostienen que cualquier informalidad por pequeña que sea hace anulable el acto. Esta posición extrema no es hoy seguida por nadie. En cambio la doctrina ha elaborado al respecto una jerarquía de hecho que va desde la forma sustancial a la meramente accesoria, para darle a

aquélla, cuando se omite, un valor invalidativo y a ésta, no..." (Ibidem:587).

Rafael Bielsa señala que los vicios de forma entran en el concepto genérico de ilegalidad, pero ésta tiene grados y esferas distintas. Los vicios considerados substanciales son aquellos que violan el derecho objetivo (falta de licitación) o el interés legítimo de los administrados, es decir, que violan disposiciones que han sido establecidas en garantía de los derechos de aquellos y su inobservancia afecta el derecho subjetivo tanto como la no aplicación de la ley que protege a los administrados. En cambio, los vicios no substanciales son aquellos que no influyen en el fondo de la decisión, porque hay disposiciones en la Administración pública que tienen el objeto de asegurar la regularidad técnica o el control interno pero no están vinculadas al derecho del administrado. La inobservancia de estas normas puede generar un acto administrativo que tenga que ser ratificado o medidas disciplinarias respecto de los funcionarios responsables (Ibidem:588-589).

Manuel María Diez afirma que los vicios de forma tienen importancia porque la mayoría de las disposiciones sobre formalidad de la actividad jurídica, condicionan la validez

de la voluntad jurídica, elemento substancial para la formación del acto.

En algunas ocasiones la propia norma establece expresamente que la inobservancia de las formalidades trae la invalidez de los actos por vicio de forma, pero ésto no sucede siempre, así que en todos los otros casos el juzgador tendrá que analizar si se trata de formalidades substanciales o no substanciales.

d.1) Desviación de Poder.

La desviación de poder fue una creación del Consejo de Estado de Francia hace más de un siglo. El Consejo de Estado, en el fallo de 25 de febrero de 1864, en el caso "Lesbats", admitió la desviación de poder como causal de nulidad, afirmando que: "Los administradores no pueden usar su poder, sino para perseguir un determinado fin, el interés general, el que impone la buena administración. Si no observan esta prescripción el acto será ilícito, desconoce y viola el espíritu de la ley y por consiguiente está dictado ilegalmente." (Penagos, 1992:613) Esto significa que, la autoridad administrativa al emitir el acto administrativo, no puede hacer uso de sus poderes para un fin distinto de aquel para el cual le ha sido conferido.

La desviación de poder es el límite a la actividad discrecional de la administración. El ejercicio de la facultad discrecional, se opone al proceder arbitrario de la administración. Es por ello que, como causal de nulidad de los actos administrativos, la desviación de poder hace posible al juez administrativo declarar nula las decisiones de la administración, cuando se aparta del fin señalado en la ley (Penagos, 1992:611).

Agustín Gordillo, se refiere a la desviación de poder afirmando que, la decisión será ilegítima si el funcionario actúa con desviación de poder, sea a) por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); b) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado, y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (por ejemplo, para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales). (Gordillo citado por Penagos, 1992:615)

En cuanto a las clasificaciones de la desviación de poder, el Profesor Julio A. Prat indica que el Consejo de

Estado de Francia ha entendido que hay desviación de poder resultante de la resistencia a la cosa juzgada, esto significa que el administrador está obligado a respetar la cosa juzgada porque sus poderes no le fueron conferidos para eludirla, así se pronunció en sentencia de 14 de diciembre de 1953 en la que se lee que "toda decisión tomada con la intención manifiesta de obstaculizar la ejecución de una decisión de justicia está viciada de desviación de poder".

Otra clasificación señalada por este autor, consiste en la utilización de los poderes del autor del acto en su interés personal. Este interés personal puede ser a su vez, pecuniario, político, religioso, obedecer a rencor o de orden profesional (Prat citado por Penagos, 1992:617-618)

"Para que la desviación de poder se ubique en esta categoría por interés personal no es necesario que el interés involucrado sea el personal del autor del acto, es decir, que el beneficiario del resultado del acto sea su autor: puede ser el de un tercero", porque no deja de ser siempre el interés privado, completamente ajeno a los intereses generales que deben ser alcanzados por la administración (Idem:619).

El Consejo de Estado Colombiano también ha señalado, por su parte, que la Administración en sus decisiones

administrativas, no debe buscar un fin distinto al señalado en la ley, es decir: 1. el interés general; 2. que entre en la competencia del agente que realiza el acto; y 3. que aún siendo lícito y realizado dentro de la competencia del agente, debe dictarse por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 de noviembre de 1971) (Idem:621).

Otros términos que también aluden al interés general que debe perseguir el acto administrativo son: el interés colectivo y que el acto sea motivado por razones de buen servicio.

La desviación de poder se opone á la legitimidad, y ésta es uno de los caracteres de los actos administrativos, junto a la presunción de legalidad, la ejecutoriedad, exigibilidad, obligatoriedad, estabilidad y ejecutividad, características que encuentran fundamento en la norma que le da capacidad jurídica al administrador para proferir el acto (Idem:207).

Sin embargo, a pesar de que la competencia del administrador está consagrada en la norma, no debemos confundir la desviación de poder con la falta de competencia, porque aquella viene a ser el único motivo que

no implica violación, al menos directa, de una norma de derecho positivo, puesto que si la implicara la causa de la acción no pertenecería a esta clase sino a uno de los anteriores motivos de ilegalidad. El juzgador debe, en estos casos, con vista en lo alegado y probado, verificar si la desviación de poder quedó configurada, es decir, que de las circunstancias de hecho comprobadas en el proceso debe deducir si con el acto impugnado la autoridad administrativa incurrió en desviación de las atribuciones propias de su cargo. Y sabemos que la carga de la prueba la tiene el administrado, en virtud de la presunción de legalidad del acto administrativo.

Este motivo de ilegalidad presenta la dificultad probatoria de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos de prueba circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió; pocas veces es el mismo acto el que permite demostrar a través de su motivación, que adolece de este vicio; más normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso (Idem:16). De allí que se requiera de un proceso, en que se impugne la nulidad del

acto, para probar que el funcionario administrativo incurrió en desviación de poder, y que se le declare responsable por haber infringido la ley, y que indemnice al administrado que le causó el daño.

La falsa motivación es otro motivo de ilegalidad incluido con la reforma del Código Contencioso Colombiano, por medio del Decreto-Ley 01 de 1984, en su artículo 84 (Ibidem:609), motivo que no consagra nuestro ordenamiento jurídico. Esta causal tampoco debemos confundirla con la desviación de poder, porque para valorar ésta se requieren analizar los motivos que expresa el acto administrativo; en cambio, si no tiene motivos, normalmente no tenderá a ningún fin, y el poder podría orientarse hacia un fin ilegal. Esta carencia de motivo muestra, o que la administración obró por razones ocultas, extrañas al interés de la comunidad, que no quiere confesar; o simple capricho, desviándose de los fines legítimos del cargo.

Luego del análisis de cada uno de los motivos de ilegalidad, debemos señalar que nuestra Ley Contencioso Administrativa (Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946), en el segundo párrafo del artículo 26 comentado, acepta la responsabilidad extracontractual de los **funcionarios públicos y del Estado**, toda vez que después de

enumerar los motivos de ilegalidad, preceptúa que, "La apreciación de las **responsabilidades a que haya lugar** ya se trate de las patrimoniales de los funcionarios o de las principales o subsidiarias del Estado, o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso-administrativo."

Cuando la norma se refiere a las responsabilidades patrimoniales de los funcionarios, corresponde este supuesto a la responsabilidad personal del servidor público, y sabemos que esto ocurre cuando se le prueba culpa o negligencia a dicho funcionario; p.e. que se haya declarado nulo un acto administrativo con fundamento en alguno de los cuatro motivos de ilegalidad, si hay daños por su causa, se podría demandar directamente al funcionario responsable.

En cuanto a la responsábilidad del Estado, la norma evidencia que existen en nuestro ordenamiento jurídico dos clases de responsabilidad, la principal, que equivale a la responsabilidad directa, y una responsabilidad subsidiaria del Estado, es decir, cuando subsidia o responde en defecto del funcionario responsable. Nuestra ley no determina cuando se puede demandar por una u otra responsabilidad, es decir, si el Estado responde sólo ante la insolvencia del funcionario o si indistintamente se puede demandar

solidariamente al funcionario o al Estado, por tratarse del ejercicio de una actividad pública.

Un ejemplo de responsabilidad directa del Estado es la consagrada en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, y de la responsabilidad subsidiaria la del numeral 9 de la misma norma (aunque mediante Sentencia de 19 de enero de 1995, se declaró inconstitucional la palabra subsidiaria) Consideramos que como ambos textos legales no distinguen cuando procede una u otra acción, se pueden interponer indistintamente, siempre que se cumplan los supuestos de la norma y demandar al Estado aunque haya un funcionario personalmente responsable del daño.

Adicionalmente, el artículo 26 comentado, atribuye competencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, hoy Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para conocer de las demandas de indemnización contra el Estado o sus funcionarios.

d.2) La Desviación de Poder en los Actos Administrativos, en las Contrataciones Directas.

La figura de la desviación de poder surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa, denominada discrecionalidad, que venía escapando del control jurisdiccional.**Chinchilla**(1989:58). El tema de la

desviación de poder guarda relación con los conceptos de arbitrariedad y discrecionalidad, términos entre los cuales existe una clara línea divisoria, porque la descrecionalidad, por ejemplo, debe venir respaldada y justificada, por los datos objetivos sobre los cuales opera, para no quedar en simple arbitrariedad, y al revisar esta actividad se debe primero verificar la realidad de los hechos y luego valorar si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con éstos. **Fernández**, T.R.(1991:115-116)

En Sentencia de 25 de septiembre de 1992, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia expresó que, en "torno a la potestad discrecional pudiera darse el vicio de la desviación de poder, que si bien se ha perfilado en el campo del derecho administrativo, la Corte ha reconocido que también es de recibo en la jurisdicción constitucional". **Juris**. Año2(18:68)

En sentencia de 17 de agosto de 1992, mediante la cual se resolvió la demanda contencioso administrativa de nulidad, promovida por la Procuradora de la Administración, a solicitud del Consejo de Gabinete, contra los Contratos No.87 (123) 157 de 27 de enero de 1988 y 88 (123) 100 de 30 de enero de 1989 de Suministro de Billetes, Chances y Boletos de Lotería, celebrados entre la Lotería Nacional de

Beneficiencia y los señores Jorge y Tomás Gabriel Altamirano Mantovani, la Sala Tercera determinó lo siguiente:

1. Que era importante el examen de las finalidades perseguidas tanto por el Consejo de Gabinete como por el Ministro de Hacienda y Tesoro en 1987 y 1988 al declarar que existía urgencia evidente para celebrar estos dos contratos, a fin de verificar si estas autoridades incurrieron en desviación de poder;

2- Que la desviación de poder se genera cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia, pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquélla por la cual el acto podía ser legalmente expedido, cual es el interés general;

3- Que no podía existir urgencia notoria en la celebración de estos contratos, cuando la familia Altamirano suministró los billetes de lotería y otros elementos previstos en dicho contrato por 18 años, sin la existencia de un contrato escrito, ya que el contrato anterior celebrado en 1965 había expirado en 1969;

4- Que en América Latina los tratadistas han entendido que el Organo Judicial puede controlar los actos administrativos mediante los cuales se declara la urgencia notoria para celebrar un contrato administrativo, porque la

circunstancia de que la emergencia sea concreta, inmediata. imprevista, probada y objetiva, resultan de la normativa jurídica, y no de interpretarse que es un proceder reglado, es al menos discrecional con límites jurídicos, siendo factible la fiscalización judicial de éstos (**Dromi,** J.R.(1989:168); y

5- Que si los actos separables del contrato administrativo (en este caso las resoluciones que hicieron posible la contratación directa por supuesta urgencia notoria), infringen la ley por desviación de poder debe entenderse que el contrato administrativo ipso facto es tambien nulo, conforme los artículos 64 y 75 del Código Fiscal, entendido así también por la doctrina y el Consejo de Estado de Francia en sentencia de 1° de marzo de 1946.(Cfr. Dominique Pouyaud(1991)

En esta misma sentencia la Sala expresó que la desviación de poder es un vicio de los actos administrativos, y que las autoridades actúan con una finalidad ilegítima, según lo señalado por André De Laubadére, cuando: el acto que se expide obedece a un móvil de tipo personal, como el interés privado y el espíritu de venganza; a un móvil de tipo político, cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político; y cuando el

móvil del acto es el interés de un tercero al cual se quiere favorecer en detrimento de otro particular.(R.J.agosto de 1992:76-79)

En relación con la desviación de poder, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló en Sentencia de 22 de noviembre de 1946 que, "La jurisdicción contenciosa, no respondería al fin con que se ha incorporado en nuestro sistema institucional, si se limitara a apreciar única y exclusivamente la conformidad externa de los actos administrativos con las leyes que los regulan. Ella está llamada a hacer que prevalezca el respeto a la ley en el orden administrativo, tanto por razones de forma y de procedimiento como por razones de fondo en que la intención y los motivos de los actos entran en causa. Sólo así puede cambiarse la costumbre muy nuestra de que, so pretexto de desarrollar o de reglamentar la ley, se la sobrepasa, con métodos cuya ingeniosidad no debe encubrir la ilegalidad." En este caso se dijo además que, "el acto administrativo, aparentemente legal del Ayuntamiento de Colón, realizado con el fin ostensible de "determinar una manera distinta de calificar al contribuyente", lo que realmente se propuso fue aumentar desmedidamente sus recursos fiscales con razones que cualquiera que sea el valor de ellas, no

lograrán jamás cohonestar semejante ejercicio de facultades que convierte la Ley, norma de razón y de equidad, en una simple fórmula dentro de la cual caben todos los criterios, sin descriminación alguna. Por el solo vicio de fondo que en estas condiciones se le puede anotar a la Ordenanza No. 6 de 25 de marzo de 1942 ella no tendría autoridad normativa alguna; porque sería incompatible con el concepto del Estado legal."Repertorio Jurídico.(1946:337-338 con Salvamento de Voto del Magistrado Quirós y Q.)

En razón de este pronunciamiento podemos concluir que la desviación de poder es un vicio de fondo de los actos administrativos.

2. Artículo 203 numeral 2 de la Constitución Política de la República de Panamá.

En el Título VIII de la Administración de Justicia, Capítulo 1° del Organo Judicial, se consagra en el artículo 203 numeral 2 lo siguiente:

> **ARTICULO 203.**"La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:...2. La jurisdicción contencioso administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios

> públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, **podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado;** estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.
>
> Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.
>
> Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial."

Del texto citado podemos deducir algunos presupuestos que guardan relación con el principio de la responsabilidad de la administración, cuales son los siguientes:

- Compete a la Corte Suprema de Justicia, restablecer el derecho particular violado, facultad que incluye el restablecimiento del derecho no patrimonial como el patrimonial; por tanto, conoce de las demandas de indemnización contra el Estado (ver Art. 98 del Código Judicial).

- La Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, conoce de los **actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas**, cuales son precisamente las actuaciones administrativas que pueden causar daño.

Enumera esta disposición, cinco actuaciones de la administración que revisten la forma de: actos, omisiones, la prestación defectuosa del servicio público, resoluciones y de órdenes o disposiciones que se ejecuten, adopten o expidan por los funcionarios públicos. Para profundizar respecto al sentido y alcance de esta disposición constitucional, estudiaremos a continuación cada actividad pública mencionada, no sin antes hacer una análisis comparativo entre la actuación administrativa reconocida en la Ley Colombiana, y la actuación administrativa clasificada en la Constitución y la Ley Panameña.

a) La actuación administrativa en el Derecho Colombiano.

En primer lugar cabe observar que Colombia cuenta con una norma constitucional,de responsabilidad estatal desde 1991, lo cual para dicho país representó superar el atraso de casi un siglo en relación con los países Europeos, en cuanto al tema de la responsabilidad del Estado por los daños causados por el servicio de administración de justicia. El artículo 90 de la Constitución Colombiana consagra que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las actividades públicas." Texto que sin hacer diferencias, ni distinciones de ninguna naturaleza, permite deducir que dado su contenido genérico, las autoridades judiciales se incluyen como integrantes de las autoridades públicas.

El Código Contencioso Administrativo de Colombia regula en su artículo 83 la **extensión del control de la jurisdicción contenciosa**, afirmando que, comprende el juzgamiento de "los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad, de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas...".

A diferencia de nuestra disposición constitucional esta norma no menciona la prestación defectuosa de los servicios públicos ni las resoluciones u órdenes, tal vez esto se debe a que, cada una de estas actuaciones puede constituir un acto administrativo o en un hecho material. Sin embargó, sí menciona expresamente los hechos y agrega entre las actuaciones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad.

En cuanto a los contratos que suscribe la administración, aunque nuestra legislación no los menciona expresamente, dependerá su conocimiento de si se trata de un contrato administrativo o civil. Cuando la jurisdicción contenciosa está frente a un contrato, lo analiza para ver si compete a la jurisdicción ordinaria o es de su competencia el conocimiento de dicho contrato, y lo clasifica según la teoría de las cláusulas exhorbitantes que sostiene la doctrina mayoritaria. Un ejemplo de clásula exhorbitante es la de rescisión unilateral del contrato por parte del Estado.

Veamos en qué consisten las operaciones administrativas y los hechos.

Señala la doctrina colombiana, que las operaciones administrativas comportan modificaciones en la realidad a

través de una actuación material de la persona que realiza una multiplicidad de actos singulares (impartir una lección, pilotar una nave, tender una red telefónica, etc.). Y puede ocurrir que el acto material haya sido realizado en tales condiciones que origine un resultado jurídico; p.e., el barrendero en el ejercicio de su trabajo ha podido dañar a un transeúnte, el cartero ha equivocado el destino de la carta, el profesor durante la conferencia ha injuriado un oyente, etc (Penagos, 1992(a):102). Esto sucede, porque la actividad material es jurídicamente relevante cuando se cumple mal y su sanción es la responsabilidad.

No debemos confundir las operaciones administrativas con los hechos, porque aquélla es eminentemente voluntaria, pero que obedece a un proceso antes de llegar al resultado final y se le define en la doctrina colombiana como una decisión no exteriorizada formalmente por la administración, seguida de actos materiales de ejecución, en donde la etapa material se confunde con la decisoria. Mientras el hecho administrativo involuntario, carece de relación directa con una decisión o acto administrativo escrito o tácito, y sólo surge con ocasión del cumplimiento de un acto, de una operación o de la prestación de un servicio, pero sin que la

voluntad administrativa del Estado haya intervenido como elemento generador inmediato del suceso.

En la legislación colombiana, las operaciones administrativas deben cumplir ciertos requisitos y formalidades en su realización, de allí que se aproximen más al acto administrativo que al hecho.

Los hechos administrativos tienen consecuencias jurídicas, y de éstos responde la administración. La ejecución de la voluntad administrativa o de los actos administrativos no debe exceder los límites de éstos, por tanto la ejecución, el hecho administrativo, debe estar de acuerdo con la declaración que le antecede; pero además puede haber responsabilidad por la ejecución de un acto válido, la denominada por la doctrina argentina actividad lícita lesiva.

Los hechos pueden realizarse también con independencia de un acto administrativo precedente. Cualquier suceso determinado por simples fenómenos físicos, por la conjunción de elementos naturales y humanos, o por la sola intervención del hombre, es un hecho jurídico in genere, siempre que la ley le asigne consecuencias de derecho. La actividad estatal es la ocasión para que se produzca el hecho, pero también es evidente que éste ocurre a pesar de que no se

desea. El hecho ocurre con motivo del ejercicio de la función administrativa, de la construcción de obras públicas, de las actividades de defensa nacional, de la prestación de un servicio, o de la ejecución de una operación, etc.; también pueden ocurrir hechos contrarios a la voluntad de la administración, como el derrumbe de una obra o un accidente ferroviario. Estos hechos son aquellos que pueden ser ocasionados por razón de un riesgo creado por la administración o por faltas en la organización o en la prestación del servicio, pero no tienen su origen directo en la voluntad administrativa del Estado. Por tanto, en ocasiones son el resultado de la falta de prudencia, diligencia, cuidado o pericia.

En el derecho colombiano la omisión se le considera un hecho administrativo, si la ley no la regula específicamente ni deduce las consecuencias específicas de la misma (p.e. el silencio administrativo que sí es regulado); mientras que en nuestro derecho es un acto administrativo.

El profesor García Trevijano distingue entre actos y hechos administrativos, afirmando que las consecuencias jurídicas son diferentes:

- Certeza jurídica, ya que, en principio, la voluntad administrativa estará claramente determinada sólo a

través de actos, porque si bien, ésta puede inferirse de ciertos comportamientos materiales, esto da lúgar a una simple interpretación sin certeza.

- El acto crea, modifica o extingue relaciones jurídicas, es decir, opera una modificación en el orden jurídico, mientras que el hecho tiene efectos jurídicos débiles, como por ejemplo, crear derechos por vía consuetudinaria, generar responsabilidad administrativa si se ha ocasionado un daño, y además -dice- el hecho es inoperante para crear deberes frente a la administración, en cuanto se trata de una determinada decisión o declaración administrativa.
- El acto goza de presunción de legitimidad, y no así el hecho.
- Los actos tienen como sanción la nulidad o anulabilidad, mientras que los hechos sólo dan lugar a responsabilidad.
- El derecho positivo, aunque no lo diga de una manera formal, reconoce esta diferencia (los recursos son contra los actos y no contra los hechos

administrativos) (Trevijano citado por Penagos, 1992(a):120).

b) Las actuaciones administrativas en nuestra Constitución Política.

Nuestra Constitución otorga competencia a la Jurisdicción Contenciosa para conocer de los actos y omisiones de los funcionarios públicos, de la prestación deficiente de los servicios públicos, de las resoluciones y de las órdenes o disposiciones ejecutadas, adoptadas o expedidas.

(1) Los actos administrativos.

Los actos de la administración, pueden ser escritos o verbales. Cuando son escritos vienen a ser la voluntad de la Administración exteriorizada, y cuando no hay constancia escrita por haberlo dictado verbalmente la autoridad respectiva, el perjudicado debe presentar en abono de la demanda dos testimonios hábiles por lo menos, según lo dispone el artículo 48 de la Ley 135 de 1943.

Consideramos, que cuando la causa del daño es un acto administrativo, éste requiere ser impugnado ante la jurisdicción contenciosa y en consecuencia el agotamiento de la vía gubernativa, para así obtener la decisión previa de ilegalidad del acto. Una vez declarado nulo el acto por ilegal, constituye prueba suficiente para declarar la

responsabilidad del Estado si además se han causado daños con esta actuación. Así se deduce del artículo 98 del Código Judicial, donde los numerales 8 y 9 que se refieren a daños causados por actos administrativos, exigen en estas demandas, respectivamente, **que el acto haya sido reformado o anulado** previamente por la Sala Contenciosa y que la **infracción a la ley** por parte del servidor público esté probada, objetos que sólo se pueden definir en un proceso de impugnación.

(2) Las Resoluciones y omisiones.

Las resoluciones son también actos de la administración, que pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa; incluso las omisiones pueden revestir la forma de actos administrativos y un ejemplo es el silencio administrativo, y en estos casos se invoca el concepto de violación directa por omisión.

(3) Las órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos o hechos administrativos.

Las órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos, pueden estar precedidas de un acto administrativo o revestir

simplemente la forma de hechos materiales, porque la ejecución de una orden o cualquier actuación material del funcionario mientras desempeña su trabajo o pretexta ejercerlo consiste en un hecho de la administración.

Por tanto, consideramos que la enunciación citada, aunque no se refiere expresamente a los hechos administrativos, está contemplando la existencia de este tipo de actuación administrativa que igualmente puede causar daño.

Denominaremos hecho administrativo, a toda actuación material de la Administración que no es un acto administrativo, es decir, un acto jurídico unilateral de un administrador calificado, obrando en calidad de tal, y susceptible de producir efectos de derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico, no consagra la figura de las operaciones administrativas ni de los hechos como lo hace el derecho colombiano, pero es innegable que no toda la actividad administrativa se exterioriza á través de actos formales. Cuando el Estado ejecuta los actos administrativos formales, cuando presta un servicio público y despliega la actividad administrativa, no lo hace a través de actos sino de hechos materiales.

Nos parece que el texto de la norma constitucional cuando dice, "**en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas**", quiso ampliar el campo de actividad administrativa sobre el cual tiene competencia la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, a todo tipo de actividad llevada a cabo por los funcionarios públicos, sin exclusión alguna, consagración que incluye los llamados hechos de la administración.

Como vemos, la actividad de la administración va desde actos administrativos a meros hechos materiales que no tienen su expresión a través de un acto; sobre los primeros el control de la legalidad se ejerce a través de las demandas contencioso administrativas de nulidad y plena jurisdicción. Sin embargo, sobre los hechos materiales no se ejerce un control de legalidad, lo único que puede hacerse luego de su verificación es indemnizar los daños que puedan causar, tal como se dijo en líneas precedentes.

En cuanto a la diferencia entre los actos y los hechos, anota el profesor Agustín Gordillo, "...que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí no más, como determinación, opinión, o conocimiento: que no se ejecuta al exteriorizarse...Cuando

la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.), no estamos ante un acto, sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuanto ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde" (citado por Penagos,1992(a):117).

(4) La prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos.

El numeral 10 del artículo 98 del Código Judicial, se refiere a la indemnización por daños causados por mal funcionamiento de los servicios públicos, actuación administrativa de la cual conoce también la Sala Tercera de la Corte Suprema. La prestación defectuosa de los servicios públicos puede darse a través de actos administrativos, pero es más común que se de por hechos materiales de la Administración. Esta norma dispone que, la Sala Tercera es la competente cuando resulta responsable directo el Estado o las entidades autónomas o semiautónomas, caso en que no hay que agotar la vía gubernativa ni impugnar ningún acto.

En la prestación del servicio público, el daño puede ser ocasionado por razón de un riesgo creado por la administración o por faltas en la organización o en la prestación del servicio, pero no necesariamente tiene su origen directo en la voluntad administrativa del Estado. Por lo general el responsable personal del daño es anónimo y no se puede señalar un culpable, hecho que generó la creación de la teoría de la falla del servicio.

Si la prestación defectuosa del servicio público se debe a la negligencia o culpa personal de un funcionario público, nos preguntamos si: ¿Hay que agotar la vía gubernativa, y quién responde por este daño, acaso lo hace el Estado subsidiariamente y luego repite contra el servidor público, o el Estado como responsable directo? Desarrollaremos estas interrogantes al analizar el texto del artículo 98 numeral 10.

Mientras tanto, podemos acotar que el texto de esta disposición no es claro, porque no hay norma sustantiva que defina el concepto de responsable directo. La norma procesal no señala que el Estado sea responsable directo, sino, que en los casos en que el Estado es responsable directo, conoce la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Otros hechos materiales de la administración, no provenientes del mal funcionamiento de los servicios públicos, pueden también causar daño a los administrados. En estos casos, la norma sustantiva que sirve de fundamento para el reclamo de la indemnización, es el artículo 1645 del Código Civil, que consagra la responsabilidad de la Administración **por los daños causados por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones,** la cual no distingue entre si el daño se causó en la prestación de un servicio público o en otra actividad estatal.

Debemos recordar además, que conforme el texto del artículo 1645, el Estado no responde cuando el servidor público se ha extralimitado en sus funciones. Si el daño lo causó el servidor público pretextando ejercer sus obligaciones, fuera de la gestión que le correspondía, el Estado no es demandable por estos daños, ni siquiera en caso de delito y sólo se puede demandar al funcionario.

En el primero de los casos, donde el Estado es responsable, la competencia corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En el segundo de los casos, donde el funcionario es el responsable personal del hecho que causó

el daño, la irresponsabilidad por parte del Estado se debe a que el servidor público ha incurrido en el tipo penal denominado abuso de autoridad, regulado por los artículos 147, 156-157 y 336 al 342 del Código Penal. Si el daño fue causado por hechos cometidos por el servidor público fuera de las funciones de su cargo, significa que es un hecho arbitrario y la jurisdicción competente puede ser la penal o la civil, con derecho a demandar al funcionario la responsabilidad civil derivada del delito.

Observamos entonces, que tratándose de actos administrativos que causan daño, la Administración es siempre demandable (art. 98 numerales 8 y 9 del Código Judicial), porque responde, ya sea, directa o subsidiariamente.

El Estado debe responder por todos sus actos administrativos, porque en ellos se manifiesta su voluntad, es decir, no es el funcionario que actúa sino la Administración. Por excepción, responde cuando la expresión de la decisión no es directa, pero se debe a una actuación, la cual esta sujeta a su comprobación en la jurisdicción contenciosa. Así, observa Gordillo que la voluntad administrativa sólo estará especificada a través de sus actos, porque de ciertos comportamientos materiales de la

administración, esta voluntad sólo puede ser inferida y no tiene la certeza que le confiere la expresa manifestación de voluntad (Penagos, 1992:115). Por ello, los hechos administrativos (la falla, falta o riesgo en el servicio) deben probarse para lograr certeza jurídica y que se pueda condenar al Estado por un hecho administrativo.

Cuando los hechos materiales causan un daño, el Estado sólo es responsable si el daño es causado por conducto del funcionario público dentro del ejercicio de sus funciones, tal como lo dispone el artículo 1645 del Código Civil y 126 del Código Penal. Si el Estado es responsable o no, dependerá de si el servidor público realizaba actos de su competencia o no respectivamente, y en este último caso el Estado no está obligado a responder.

Finalmente, si el daño deviene de la prestación defectuosa de un servicio público, el Estado es siempre directamente responsable, porque se trata de una responsabilidad objetiva que atiende al fin mismo del Estado, y que se funda en la teoría de la falla del servicio.

3. El artículo 34 de la Constitución.

El tenor literal de esta norma es el siguiente:

> **ARTICULO 34.** En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional o

> legal, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Se exceptúan los miembros de la Fuerza Pública cuando estén en servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre el superior jerárquico que imparta la orden.

Esta disposición constitucional regula la responsabilidad de los funcionarios subalternos por daños causados en el ejercicio de sus funciones, y señala que cuando éstos causan daño por la infracción manifiesta de un precepto constitucional o legal, no les exime de responsabilidad el mandato superior. Se exceptúan los agentes de la Fuerza Pública cuando estén en servicio.

Esta norma propone una responsabilidad solidaria entre el superior que dio la orden y el servidor público que la ejecutó, para que en caso de que el funcionario que violó la ley o la Constitución, quiera liberarse de responsabilidad excusando su actuar, no pueda hacerlo.

Otras normas constitucionales que a nuestro juicio guardan relación indirecta con el tema de la responsabilidad del Estado, son los artículos 45 a 47, 50, 279, 281, 294 y 304.

Nos preguntamos entonces, qué sucede si la Constitución de un país no consagra la responsabilidad extracontractual

del Estado? Consideramos que si la ley reconoce esta responsabilidad, los principios constitucionales que rigen el Estado de Derecho sustentan, por sí mismos la legitimidad de este régimen.

Sin embargo, en virtud de los diversos sistemas de responsabilidad existentes, es preferible e imprescindible que la Carta Magna de la nación defina los términos de esta responsabilidad.

II. FUNDAMENTO LEGAL.

A. Código Civil.

1. La Responsabilidad Extracontractual.

El Código Civil regula la responsabilidad extracontractual en el Título XVI "De las Obligaciones que se contraen sin convenio", Capítulo II intitulado "De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia", artículos del 1644 al 1652a.

El artículo 1644 regula las obligaciones por los daños que nacen de la accion u omisión, en que haya intervenido la culpa o negligencia del causante. Consagra esta norma:

> **"Artículo 1644. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."**

En este primer punto, observamos que la norma civil no distingue entre los sujetos que pueden ser causantes del daño. Están las personas naturales y las personas jurídicas.

Entre las personas jurídicas está El Estado, y he aquí la interrogante que en la historia se planteó el sistema de responsabilidad civil o extracontractual, ¿Sirve esta norma civil, para responsabilizar al Estado por los daños que causa a los administrados?

Sobre esta pregunta, encontramos la jurisprudencia del 1° de septiembre de 1915, cuando aún no existía en Panamá la jurisdicción contencioso administrativa, y la Corte Suprema condenó a la nación a indemnizar a un particular por una resolución administrativa que le causó perjuicio. "El fallo del Juez, reproducido y confirmado en parte por la Corte, examinó primeramente "si el demandante tiene o no acción para exigir a la nación el pago de esos perjuicios" El juez responde que sí hay la acción porque no estando el acto del Administrador contemplado en la ley y habiéndole inferido daños al demandante es de aplicación el artículo 2341 del Código Civil, según el cual: 'El que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la

ley le imponga por la culpa o el delito cometido".(R.J. N.104 de 18 de octubre de 1915)

La Corte aplicó la norma general de responsabilidad civil y llegó a la conclusión de que, si bien el Administrador obró dentro de sus facultades, era indudable que le habia causado daño al demandante y condenó a la nación a pagar una indemnización.**MORGAN** (1961:24-25)

Pero no siempre fue así, ni en todos los sistemas jurídicos. Por mucho tiempo se sostuvo la tesis de la no responsabilidad del Estado, fundándose también en diversas teorías, pero que hoy han sido superadas admitiendo la responsabilidad directa del Estado, no obstante, no ha sido con base en las normas del Código Civil, sino con el surgimiento de nuevas teorías, como la de la falla del servicio público, que se ha consagrado el principio de la responsabilidad directa del Estado.

Aquí vale la pena anotar un dato curioso, durante nuestra era Republicana, en que no contábamos con una jurisdicción contencioso administrativa, si bien no podían los tribunales ordinarios pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos del Poder Ejecutivo y revocarlos, porque no tenían competencia, lo único que podían hacer era indemnizar a las victimas de los daños causados por la

actividad de la Administración. Por lo que, de los dos grandes soportes del derecho administrativo, el principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, el segundo tuvo mayor desarrollo y eficacia en la época Republicana, mientras que con la consagración de la jurisdicción contencioso administrativa ha quedado a la saga, tomando ventaja y eficacia el principio de legalidad. Veamos la Sentencia de 5 de junio de 1936 en que la Corte afirmó, respecto al principio de responsabilidad estatal, lo siguiente:

> "...La acción es a todas luces improcedente, puesto que lo que se pretende es que se revoquen implícitamente resoluciones de una corporación y de una autoridad administrativa como lo son la Junta Calificadora del Comercio de Penonomé y el Gobernador de Coclé para lo cual no tiene facultad el Poder Judicial.
>
> En términos generales, cuando una persona sufre algún perjuicio en virtud de una resolución administrativa contraria a la ley, si ésta no confiere expresamente al Poder Judicial la facultad de revisarla, no le queda otro recurso que demandar a la Nación, o al Municipio para el resarcimiento del perjuicio sufrido; pero no para que se revoque o se reforme la resolución que se acusa como generadora de perjuicio." R.J., No.42 de 9 de junio de 1936:791 y ss.

Aunque el Estado es una persona ficticia o jurídica que actúa a través de sus funcionarios, en alguna medida este vínculo o relación fundamenta su responsabilidad

directa y su obligación de indemnizar a los administrados afectados por sus actos o hechos.

En sentencia de 12 de agosto de 1994, el Pleno de la Corte reconoció que, "con el transcurso del tiempo, las distintas legislaciones recogieron en alguna medida los fundamentos de la responsabilidad directa del Estado, de la que ya se habían hecho eco la doctrina y la jurisprudencia." (R.J., agosto de 1994, pág. 118)

El segundo párrafo del artículo 1644 consagra lo siguiente:

> **"Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados."**

La responsabilidad que cabe a cada persona puede incluso determinarse, e igualmente podría suceder en algunos casos con el Estado, que el servidor público tuviera parte de la responsabilidad y la institución o entidad otra parte, como entidad pública y sujeto de obligaciones.

Sin embargo, generalmente, cuando el Estado causa un daño a través de sus servidores públicos, pueden suceder dos cosas: o se determina la responsabilidad personal del servidor público o simplemente tenemos una responsabilidad

anónima por un hecho de la administración. Es en este último caso que se habla de la responsabilidad directa del Estado. Por tanto, no es común que el Estado tenga parte de la responsabilidad y el servidor público otra parte. Lo que puede ocurrir es que cuando por actuaciones públicas o hechos de la administración, el servidor público es personalmente responsable, por el vínculo existente con el Estado, éste es solidaria y subsidiariamente responsable del daño, con el derecho de repetir contra su funcionario.

2. **La Responsabilidad por hecho ajeno.**

Además de la responsabilidad que nace de los actos propios, la ley civil consagra en el artículo 1645, la responsabilidad por los actos de aquellas personas de quienes se debe responder.

Entre éstos se incluye al padre y la madre respecto de los hijos menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía; al dueño o director de un establecimiento o empresa respecto de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones; a los maestros y directores de artes y oficios respecto de sus alumnos o aprendices bajo su custodia; y también se incluye al **Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio respecto de sus**

funcionarios, que propiamente les corresponda la gestión realizada, dentro del ejercicio de sus funciones.

El artículo 1645 dispone lo siguiente:

> **"La obligación que impone el artículo 1644 es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder... El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones..."**

Esta norma fue, en alguna medida, copiada del artículo 1903 del Código Civil español y del artículo 1384 del Código Civil francés; decimos "fue", porque nuestra disposición ha sido modificada.

Antes, el citado párrafo 4to. del artículo 1645, del Código Civil, establecía que el Estado era responsable solamente por los daños causados por los actos u omisiones culposos o negligentes de sus **agentes especiales**, y no responsabilizaba al Estado por el daño causado por sus funcionarios en general. La modificación fue introducida por la Ley No. 18 del 31 de julio de 1992, consagrando la responsabilidad del Estado, cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

El sentido y alcance de esta norma antes de la modificación de 1992, no será objeto de nuestro estudio, aunque resulta interesante saber que la Corte en la misma sentencia de 12 de agosto de 1994, definió al agente especial, como aquél a quien no le corresponde, propiamente, la gestión realizada (R.J. pág. 9-10).

El supuesto consagrado en el artículo 1645 del Código Civil exige los siguientes elementos:

a) El daño, es decir, la prueba material de los perjuicios;

b) Que se deba a la acción u omisión culposa negligente.

El artículo 1645 remite a la obligación que impone el artículo 1644, la cual se funda en la culpa del actor, por lo que hay que probar el elemento subjetivo, que en el caso del Estado consiste en la acción u omisión culposa o negligente del servidor público.

c) Que al funcionario responsable le corresponda la gestión practicada.

Este requisito implica que el daño no puede ser consecuencia de la extralimitación de funciones, o como se le denomina en el Código Penal abuso de autoridad, o como se le denomina en la Ley Contenciosa, Falta de Competencia.

Puede tratarse de un acto administrativo o un hecho de la administración, pero debe ocurrir dentro de las funciones que le corresponden al servidor público responsable; y

d) Que el daño lo haya causado en el ejercicio de sus funciones.

Este requisito es similar al anterior, pero no igual, significa que se requiere que el servidor público esté trabajando y no fuera de servicio, porque entonces definitivamente sería un hecho personal del funcionario.

Los requisitos enumerados nos llevan a la conclusión, de que, esta disposición consagra la responsabilidad del Estado en aquellos casos en que no hay extralimitación de funciones, no hay violación de la ley por este concepto No obstante, debemos saber que el Estado actualmente también responde cuando el servidor público infringe la ley, por errónea interpretación, lo que bien podría ser extralimitarse en sus funciones, situación que reconoce el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial, y que se prueba con la declaratoria de nulidad del acto administrativo en cuestión.

El fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno, se ha atribuido principalmente a dos principios, el de la culpa in eligiendo y la culpa in vigilando, los cuales

aluden al deber de custodia, vigilancia y guarda que tiene una persona determinada sobre otra. Sin embargo, otro fundamento doctrinario más realista, considera que la natural insolvencia de los autores materiales del daño sirvió de estímulo para que se hiciese responsable a una tercera persona de la que los otros dependen, en este caso, el Estado.

Los elementos comunes de las responsabilidades por hecho ajeno son el daño y la relación de causalidad. Y algunos autores, como Juan Lombardi añaden la prueba de la culpa o el dolo del subordinado, aunque la tendencia moderna es la objetivización de este tipo de responsabilidad. En nuestro derecho, es indispensable demostrar la culpa en los casos en que el sujeto es imputable, como el caso del dependiente de un establecimiento, para poder obligar a la empresa a responder.

En cuanto a la prueba de la culpa o negligencia del servidor público, el último párrafo del artículo 1645 dispone que, "La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas **de derecho privado** en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."

De las responsabilidades por hecho ajeno, la del Estado guarda mayor similitud con la responsabilidad de los dueños o directores de empresa, dado que en ambos casos, la relación entre los sujetos es de tipo laboral, aunque en la primera es de ente público a servidor público, y en la segunda es de empleador a trabajador. Otra similitud esencial se dá porque en ambos casos el daño debe producirse con ocasión y en ejercicio de las funciones en que estuvieren empleados los sujetos causantes del daño; pero la prueba de haber empleado la diligencia de un buen padre de familia para prever el daño, sólo se le reconoce al empleador más no al Estado.

Elló es así, porque lo que acontece con el Estado es distinto, y debemos entender que esto se debe a que la voluntad del Estado y del funcionario que causó el daño concurren en una misma persona física. Es el mismo funcionario público que ocasiona el daño el que tendría que haber empleado la diligencia de un buen padre de familia, en nombre y representación del Estado, porque el Estado se expresa a través de sus funcionarios, así que coinciden ambos sujetos materialmente aunque no jurídicamente.

El Estado, como bien sabemos, es un sujeto de derecho público, cuya finalidad es tender al bien común de la

colectividad. La actividad estatal se realiza a través de sus funcionarios, pero éstos no son meros dependientes sino, que su fin es también un fin público. En la actividad estatal algunas veces es difícil identificar al responsable de un daño, daño anónimo, porque la propia actividad del Estado incide ampliamente sobre todos los administrados, con todos tiene un vínculo, una relación jurídica; además tiene la gran responsabilidad de prestar los servicios públicos. En cambio, una empresa no tiene una incidencia tan amplia sobre la colectividad, los daños que puede causar en su desarrollo guardarán relación con el producto, los consumidores y la actividad de los empleados que llevan adelante la empresa, circunstancia que reduce el número de actuaciones que pueden causar daño y el número de afectados.

Por las razones expuestas, la liberación de responsabilidad probando que se empleó la diligencia de un buen padre de familia, no es aplicable al caso del Estado.

En una etapa anterior a la presente, sí podía el Estado liberarse de responsabilidad con esta prueba, pero, como hemos dicho, modernamente esta tesis ha sido superada.

3. Responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 1645 del Código Civil .

Si como hemos dicho, el artículo 1645 consagra las distintas responsabilidades por hecho ajeno, no es extraño que el legislador haya incluido al Estado como responsable de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones, pero he aquí la pregunta ¿cuál clase de responsabilidad del Estado regula esta norma, la directa o la subsidiaria?

Y ¿qué debemos entender por **directamente responsable?** Es importante aclarar los conceptos de responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria, porque en nuestro estudio notamos una confusión de estos conceptos.

Decir que el Estado es directamente responsible, significa que éste tiene, en primera persona, la obligación de reparar los daños que causa en el ejercicio de su actividad pública. Dicho concepto surge, a raíz de que no toda la actividad administrativa o del Estado, que causaba un daño, tenía un funcionario público responsable personal del acto o del hecho, por lo que apremiaba, precisamente, construir una teoría que garantizara la indemnización del afectado con el daño, incluso en aquellos casos de daño anónimo. Por tanto, consideramos que el concepto de responsabilidad directa del Estado vino a superar la

consagración del artículo 1645 del Código Civil, que sólo atribuye responsabilidad cuando se prueba la negligencia del servidor público y a él corresponde la gestión practicada.

La confusión del término "responsabilidad directa del Estado", no ha ocurrido sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también entre los abogados, quienes se les oye decir, que después de la Sentencia de 12 de agosto de 1994, de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad del Estado es directa porque se puede demandar directamente ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, una cosa no tiene que ver con la otra. La responsabilidad directa del Estado se contrapone a la indirecta o subsidiaria; y el hecho de que se pueda demandar directamente ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dependerá de si: 1. el daño ha sido causado por un acto administrativo, que requiere el agotamiento de la vía gubernativa, o 2. por un hecho de la administración, situación que no amerita del cumplimiento de este previo trámite, pero sí de la prueba de la falta disciplinaria o del delito del servidor público.

Por tanto, cuando decimos **que el Estado es directamente responsable** nos referimos a una

responsabilidad u obligación que le atañe por mérito propio, es decir, por hecho propio y no por hecho ajeno o del servidor público; porque existe un fundamento que justifica su obligación de indemnizar al afectado dañado con la actividad de la administración.

Una vez aclarado el concepto de responsabilidad directa, podemos concluir que el artículo 1645 consagra una clase de responsabilidad subsidiaria del Estado, toda vez que no puede ser la responsabilidad por hecho ajeno una responsabilidad directa.

Así se dice que, la responsabilidad de la administración es directa, pero cuando se trata del hecho de funcionario es indirecta o refleja. **Mosset Iturraspe**, Jorge. (1973:322)

Andorno distingue entre la responsabilidad del Estado por actos ilícitos, donde la misma puede ser directa o refleja, y responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva, donde la regla general es que la responsabilidad del Estado es siempre directa y exclusiva del mismo, excepto por excesos o irregularidades en el modo de ejecutar dicha actividad lícita. **Andorno**, Luis. La Responsabilidad del Estado por actividad Lícita Lesiva, Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante

Alsina, Director: Alberto J. Bueres, Abeledo Perrot, Buenos Aires, (1990:77)

Lo cierto es que, por responsabilidad directa o hecho propio, o por responsabilidad subsidiaria o hecho ajeno, el Estado modernamente se le puede obligar a responder.

4. Comentarios a la Sentencia de 12 de agosto de 1994 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en relación con el Artículo 1645 párrafo cuarto del Código Civil.

Este fallo fue dictado al resolver la Consulta de Inconstitucionalidad, interpuesto por la Magistrada Elitza A. Cedeño, en contra del último párrafo del artículo 200 del Código Judicial, cuyo tenor literal, después de haber declarado inconstitucional la competencia que se atribuía al respectivo superior jerárquico, es el siguiente:

> **"Además de las sanciones penales y disciplinarias que establezca la Ley, los Magistrados y Jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes en los siguientes casos: 1. Cuando proceden con dolo, fraude o en forma arbitraria; 2. Cuando rehusen, omitan o retarden injustificadamente una resolución que deben dictar de oficio o a requerimiento de parte; y 3. Cuando violen la Ley por ignorancia inexcusable. La responsabilidad que en este artículo se consagra se hará exigible en proceso separado ante la Corte Suprema, y se tramitará en única instancia.**

En esta ocasión la Corte señaló que, para determinar si el artículo 200 del Código Judicial infringía los

artículos 203 numeral 2 y 32 de la Constitución Nacional, era necesario, en primer lugar, establecer si la Administración de Justicia era o no un servicio público; y en segundo lugar, el alcance de la responsabilidad del Estado por la actuación de sus funcionarios judiciales. El desarrollo de esta última interrogante es la que merece nuestro interés en este punto.

Para este estudio, la Corte se basó en la norma sustantiva del Código Civil, artículo 1645 párrafo cuarto, afirmando lo siguiente:

> "De este modo, la evolución del concepto de responsabilidad desembocó en la mencionada responsabilidad directa del Estado' en la que á éste se le considera responsable de los daños que en el ejercicio de la actividad pública ocasionen sus funcionarios. Opera así, un traspaso al Estado de las obligaciones dimanantes de la responsabilidad de dichos funcionarios, lo que no sólo se funda en la necesidad de colocar al particular afectado frente a un deudor (el Estado) de suficiente solvencia...
>
> ...con las modificaciones introducidas al artículo 1645 y, en particular, al aludido párrafo, mediante la Ley No. 18 del 31 de julio de 1992, se estableció en forma clara y expresa la 'responsabilidad directa del Estado', al disponer la comentada norma que, en los casos del artículo 1644 ya citado, 'El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.
> ...

Estas consideraciones nos sirven de base para concluir que la llamada responsabilidad directa del Estado se extiende también al ámbito de la actividad jurisdiccional y que, por tanto, el artículo 200 del Código Judicial (vigente a partir del 1° de abril de 1987) ha sido derogado parcial y tácitamente por el mencionado párrafo 4° del artículo 1645 del Código Civil (modificado por la Ley No. 18 de 31 de julio de 1992) en los supuestos que enumera el aludido artículo 200 que configuran una conducta culposa o negligente, **ya que quien resulta directamente responsable es el Estado y no el funcionario encargado de impartir justicia,** sin perjuicio de que el Estado pueda repetir contra dicho funcionario.

...

Es decir, que en los casos en que el Juez o Magistrado cometa delito la responsabilidad civil del Estado será subsidiaria."

El criterio expuesto en la Sentencia de 12 de agosto de 1994, se contrapone al que hemos sustentado en el punto 2 de la responsabilidad por hecho ajeno, en el que explicamos porqué se trata de una responsabilidad subsidiaria del Estado, mientras que el fallo citado señala que el artículo 1645 párrafo 4°, consagra la responsabilidad directa del Estado, afirmando que quien resulta directamente responsable es el Estado y no el funcionario que causó el daño, sin perjuicio de su derecho de repetir contra dicho funcionario. Se dijo además en la sentencia, que con la modificación del artículo 1645, quedaba parcial y tácitamente derogado, el artículo 200 del Código Judicial, porque ahora el responsable es el Estado.

A pesar de las consideraciones del fallo citado, sabemos que frente a la responsabilidad personal del funcionario no cabe la responsabilidad directa del Estado, sino la subsidiaria, que es aquella en la que se tiene el derecho de repetición. ¿Cómo puede ser directa la responsabilidad del Estado cuando se ha probado la culpa o negligencia del servidor público?. Recordemos que el artículo 1645 remite a la responsabilidad consagrada en el artículo 1644, que presupone la prueba de la acción u

omisión culposa o negligente. Al servidor público que realiza materialmente la actividad pública, dentro del ejercicio de sus funciones y de la gestión que le corresponde, se le debe probar la responsabilidad personal, no es un daño anónimo, razón por la que no compartimos el criterio sostenido en la Sentencia de 12 de agosto de 1994, consistente en que el Estado sólo responde subsidiariamente cuando se trata de delitos cometidos por sus funcionarios y directamente si se causan los daños por quien propiamente le corresponde la gestión practicada, en el ejercicio de sus funciones.

La confusión en cuanto a este punto, surge, entre otras razones, por los vacíos de nuestra ley, el juez se encuentra ante vacíos jurídicos que debe llenar y ante conflicto de normas que debe resolver en aras de una mejor Administración de Justicia. Así por ejemplo, el Código Contencioso Colombiano, regula expresamente en su Título VII la Responsabilidad de los Funcionarios, y, en sus artículos 77 y 78 dispone lo siguiente:

> "77.-De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

> 78.-Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si propera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere."

En el Código Contencioso colombiano, queda consagrado expresamente que no hace falta la prueba de la insolvencia del servidor público para que se condene al Estado por responsabilidad subsidiaria, sino que, se le garantiza al afectado su indemnización y se condena al Estado a pagar, si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos, y después la administración repite contra el funcionario. A pesar de que no lo dicen las normas citadas, esta responsabilidad del Estado es subsidiaria, y prueba de ello es, que está regulada en el título VII de la Responsabilidad de los Funcionarios.

En conclusión el artículo 1645 párrafo cuarto consagra que el Estado responde subsidiariamente por los daños que causan sus funcionarios, siempre que no se hayan extralimitado en sus funciones. Como el servidor público realiza materialmente la actividad estatal, el Estado asume la responsabilidad por los daños que causan sus

funcionarios, siempre que no se hayan extralimitado en sus funciones. En conclusión, esta norma no consagra una responsabilidad directa, sino una responsabilidad, como bien hemos afirmado, por hecho ajeno, subsidiaria.

A pesar de la diferencia de criterio en cuanto a la clase de responsabilidad consagrada en el artículo 1645 comentado, debemos resaltar el valioso aporte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en un sistema jurídico de corte Continental Europeo como el nuestro, donde son pocas las veces que podemos observar que los precedentes judiciales roban la vanguardia a la Ley, trillando el camino hacia la unificación o sistematización de algún tema jurídico. **Aparicio,** Estif. (Septiembre-Octubre 1995:11-12) Esta afirmación es procedente porque nuestro derecho no regula la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado adecuadamente, a fin de garantizar la eficacia del instituto.

Además de la responsabilidad subsidiaria consagrada en el artículo 1645 párrafo cuarto del Código Civil, el artículo 126 del Código Penal, consagra que el Estado es responsable subsidiario por los hechos punibles cometidos por sus servidores **con motivo del desempeño de sus cargos,** supuesto que incluye cualquier delito, excepto el abuso de

autoridad o como se le denomina en el derecho administrativo: falta de competencia o extralimitación de funciones.

La responsabilidad subsidiaria, que no es menor que la directa, se diferencia de ésta porque en aquélla se tiene el derecho de repetir contra el funcionario responsable.

5. El artículo 1645 del Código Civil contiene implícito el fundamento de la responsabilidad del Estado.

Consideramos que el artículo 1645 explica por sí mismo, el porqué el Estado está obligado a responder por los daños que causen sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Variadas teorías se han expuesto, pero el hecho es que el administrado afectado merece ser indemnizado. Esta norma contiene implícito el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, que no se basa en la culpa del Estado de no vigilar (culpa in vigilandi) como consideran algunos autores, sino en que hay obligaciones que nacen de los actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder, y se debe responder por ellas porque nos representan ya sea oficial o extraoficialmente (teoría de la representación).

El artículo 1645 es la única norma sustantiva que reconoce el principio del Estado responsable, aunque si bien hay otras disposiciones en otras leyes, éstas consagran la responsabilidad del Estado en una actividad específica pero no como una regla general de nuestro ordenamiento jurídico.

Pero esta verdad no significa que los afectados por daños causados por la Administración estén desamparados frente a la ausencia de normas sustantivas que regulen otros supuestos de responsabilidad, porque afortunadamente nuestra jurisprudencia, Sentencia de 12 de agosto de 1994, reconoce claramente el principio de que el Estado debe responder por los daños que causa a los administrados con la actividad pública y que la competencia para conocer de estas reclamaciones la tiene la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Nosotros no contamos con un Código Contencioso pero nuestra ley contenciosa contiene entre sus normas el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado, así el artículo 26 que consagra los motivos de ilegalidad, en su párrafo segundo expresamente se refiere a la responsabilidad del Estado, principio sin el cual no tendría sentido la jurisdicción contencioso administrativa.

La Ley Contenciosa es la norma especial sobre la materia de responsabilidad estatal, mientras que el único supuesto que consagra la ley civil, tiene su génesis en circunstancias históricas, mismas que harán que tal vez desaparezca de esa jurisdicción.

La importancia del artículo 1645 es histórica, ya que se incluye entre las responsabilidades por hecho ajeno la del Estado, siendo sólo uno de los supuestos de responsabilidad de la Administración.

B- Legislación Contenciosa. Ley No.135 de 30 de abril de 1943 modificada por la Ley No.33 de 11 de septiembre de 1946.

En este segundo capítulo estudiamos primero las disposiciones del Código Civil. Esto por muchas razones, porque el tema de la responsabilidad civil del Estado es materia civil, nació en el derecho privado en la jurisdicción civil, y con posterioridad se extendió al ámbito del derecho público o derecho administrativo, con el reconocimiento y consagración de la responsabilidad directa del Estado.

Sin embargo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la jurisdicción especial sobre la materia, y los principios consagrados en estas normas, deben primar al abordar el tema de la responsabilidad del

Estado. Tal es así, que el doctor Ricardo de Angel Yáguez en su conferencia de 25 de marzo de 1998, en el Seminario de Actualización Jurídica celebrado en Atlapa del 23 al 27 de marzo del mismo año, señaló que el artículo 1903 del Código Civil Español, el cual corresponde al artículo 1645 de nuestro Código Civil, ya no incluye al Estado entre los responsables por hecho ajeno, sino que dicho principio ha sido consagrado y regulado completamente en el Código contencioso español.

De lo anteriormente expuesto podemos colegir sin mayor esfuerzo que nuestro sistema de responsabilidad del Estado, consistente en nórmas dispérsas en el ordenamiento civil y en la Ley contencioso administrativa, está en una etapa de transición, que con la consolidación del derecho administrativo, excluirá esta norma de la jurisdicción civil, a fin de incluirla en el régimen de derecho público.

1. Breve Reseña Histórica de la Jurisdicción Contenciosa y de la Responsabilidad del Estado en Panamá.

Cuando el Consejo de Estado fue creado en Colombia, por el libertador Simón Bolivar, el 28 de agosto de 1828, el artículo 10 de dicho Decreto Orgánico le dio atribuciones de cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos

administrativos, pero dicho consejo fue suprimido en la Constitución de 1843. La Constitución de 1886, en su Título 13, restableció el Consejo de Estado, con las mismas atribuciones que fue creado, y con una nueva de "Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones Contencioso-administrativas...". La Ley Contenciosa correspondiente se hizo esperar varios años y no fue hasta 1904 cuando la Ley 27 dio al Consejo de Estado importantes atribuciones como Tribunal Supremo de lo contencioso Administrativo, ley que tuvo una duración efímera hasta el acto legislativo número 10, de abril de 1905.

Cuando nos separamos de Colombia en 1903, el Consejo de Estado colombiano, si bien funcionaba,. no estaba reglamentado por ley, y quizás, fue esta la razón por la que en el período Republicano de 3 de noviembre de 1903 hasta el 12 de mayo de 1943, no contamos con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo. **MORGAN** (1961:21-22)

A pesar de la ausencia de la jurisdicción contencioso administrativa durante el período mencionado, si el Estado causaba algún daño, ya fuera con sus actos o con sus hechos, estaba obligado a repararlo, así lo afirma el autor que estamos siguiendo en estos comentarios, veamos:

> "...Si el Estado, actuando por medio de sus órganos, causa algún daño en los derechos

> de los individuos, derechos que ese mismo Estado ampara, debe necesariamente indemnizarlos.
> Sobre esta cuestión no se suscitó problema alguno en los albores de la joven República y del estudio de las sentencias de la corte suprema de Justicia se verá que, a pesar de no haberse instituído la jurisdicción Contencioso - administrativa, los ciudadanos no estaban desamparados ante las actuaciones de la Administración Pública, porque el Organo Jurisdiccional siempre consideró que si el Estado causaba algún daño, ya fuera con sus actos o con sus hechos, sería obligado a repararlo. "**MORGAN** (1961:23)

Durante este período, la Corte consideró que en ausencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo, correspondía a ella el conocimiento de las acciones que se interpusieran contra los actos administrativos. Sin embargo, esta doctrina fue cambiada en 1924 y se sostuvo entonces que mientras no se estableciera la jurisdicción contencioso administrativa, los tribunales de justicia carecían de competencia para conocer de la ilegalidad de los actos del Poder Ejecutivo. "Sin embargo, los administrados no quedaron del todo desamparados porque en fallos anteriores y posteriores al comentado, la Corte estableció que el Estado era responsable por los daños que infiriera a los particulares con sus actuaciones y que éstos podían demandar la

indemnización consiguiente por medio de un juicio ordinario. **MORGAN** (1961:24)

Así se dispuso en la Sentencia de 1° de septiembre de 1915, que existía acción para exigir a la nación el pago de los perjuicios respectivos, porque no estando el acto del Administrador contemplado en la ley y habiéndole inferido daños al demandante era de aplicación el artículo 2341 del Código Civil, según el cual: "El que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido". La Corte llegó a la conclusión de que, si bien el Administrador obró dentro de sus facultades, es indudable que se le causó daño al demandante y condenó a la nación a pagar una indemnización. R.J. No. 104 de 18 de octubre de 1915. **Morgan**(1961:25)

También se ratifica la doctrina anterior en las Sentencias de 13 de mayo de 1936 y 5 de junio de 1936, según se lee de los extractos citados:

Sentencia de 13 de mayo.

> "Si en virtud de una resolución ejecutiva, los derechos civiles de un ciudadano panameño o de un extranjero residente o transeúnte, reconocidos en nuestros derechos, positivo fueren afectados, el perjudicado puede ocurrir al Poder Judicial

para obtener por medio de un juicio declarativo el reconocimiento de sus legítimos derechos, pero la acción que se dirija a obtener la nulidad o revocatoria de la resolución ejecutiva, pecaría necesariamente de improcedente puesto que el Poder Judicial no tiene facultad legal para revisar o censurar los actos del Poder Ejecutivo. "**R.J.** (No.35 de 1936:642).

Sentencia de 5 de junio.

"En términos generales, cuando una persona sufre algún perjuicio en virtud de una resolución administrativa contraria a la ley, si ésta no confiere expresamente al Poder Judicial la facultad de revisarla, no le queda otro recurso que demandar a la Nación o al Municipio para el resarcimiento del perjuicio sufrido; pero no para que se revoque o se reforme la resolución que se acusa como generadora de perjuicio. "**R.J.** (No. 42 de 9 de junio de 1936:791).

2. La Responsabilidad del Estado en la Ley Contenciosa.

La jurisdicción contencioso administrativa en el derecho público panameño fue establecida por primera vez en la Constitución de 1941, artículo 190, 191 y 192 del Título XV, gracias al ilustre catedrático José Dolores Moscote, quien participó en el proyecto de Constitución Política de 1941, así como en la preparación de la Ley No.135 de 30 de abril de 1943, dictada en desarrollo de dichos principios. Pero, a pesar de ser lo contencioso una institución no sólo

de garantía, sino también de regulación y protección, no se consagró así, sino que, como principio de orden Constitucional, no consultó las apreciaciones doctrinales de la Institución estableciendo únicamente que la jurisdicción contencioso administrativa decidiría la legalidad o no de los actos de la Administración.

No fue hasta la Constitución Política de 1946 que se amplió la redacción de la norma, consagrando una verdadera institución de garantía. **Morgan** (1941:41)

El recurso de plena jurisdicción regulado en la ley contenciosa comprende ínsito la demanda de indemnización contra los actos administrativos que causen daño a los administrados, porque éste tiene por finalidad el restablecimiento del derecho subjetivo violado, ya sea patrimonial o no patrimonial. La relación entre el recurso de plena jurisdicción y la evolución del concepto de Estado responsable es directa.

Los presupuestos de este recurso varían de legislación a legislación. En Francia, por ejemplo, no es necesario provocar previamente un acto administrativo para el ejercicio de este recurso, porque un simple hecho de la Administración que viole un derecho subjetivo da lugar a dicho recurso. En Panamá no es así. Nuestra ley

contenciosa exige, para el ejercicio del recurso, que se haya agotado la vía gubernativa, esto es, que el particular provoque una decisión, un acto de la Administración. **Morgan**(1961:126)

A nuestro juicio, esta circunstancia es precisamente la que impide que los hechos de la administración que causan perjuicios patrimoniales a los administrados puedan demandarse mediante este recurso, por lo que para la indemnización de los daños causados por hechos administrativos, sólo se consagra la acción de indemnización consagrada en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, que comprende sólo aquellos casos de prestación defectuosa de los servicios públicos.

No obstante esta situación, debemos recordar que modernamente, casi toda la actividad pública es considerada un servicio público, lo que reduciría, casi a cero la posibilidad de hechos de la administración que causen daño y no provengan de la prestación defectuosa de un servicio público.

En nuestro derecho, el recurso de plena jurisdicción, mediante el cual se puede pedir indemnización, se encuentra instituido en la propia Constitución, en la parte del artículo 203 numeral 2 que dispone "... la Corte Suprema de

Justicia, con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; **reestablecer el derecho particular violado;** estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas...".

En cuanto a estas facultades el doctor Eduardo Morgan Jr. señala que se da al órgano jurisdiccional pleno dominio sobre el acto impugnado, y que la facultad de restablecer el derecho particular violado puede consistir "hasta en condenar a la administración, entidad o funcionario responsable al pago de una suma de dinero al recurrente." Precisamente, esto último es así, porque así lo declara el último párrafo del artículo 16 de la Ley 33 de 1946:

> "La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar, ya se trate de las patrimoniales de los funcionario, o de las principales o subsidiarias del Estado, o de las entidades públicas autónomas o semi-autónomas, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo" (hoy Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte).

Esta norma reconoce que la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia para "apreciar" las siguientes responsabilidades por daños: la personal de los funcionarios, la responsabilidad principal o directa del

Estado, y la subsidiaria. Norma que concuerda con el artículo 98 numerales 8, 9, 10 del Código Judicial.

De lo expuesto se infiere que, la jurisdicción contenciosa es la guardiana de la legalidad, pero también le corresponde el restablecimiento de los derechos subjetivos violados, función que comprende la indemnización por los daños y perjuicios que la actividad pública origine.

C- Código Judicial.

La sección quinta, del Capítulo I intitulado Personal y atribuciones de la Corte, Título III del Código Judicial, que desarrolla lo atinente a la Corte Suprema de Justicia, consagra tres disposiciones en relación con la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, artículos 98 al 100.

Nos interesa particularmente el artículo 98 numerales 8, 9 y 10 Esta disposición procesal, consagra la competencia de la Sala Tercera en materia contenciosa, respecto de las demandas de indemnización contra el Estado y sus funcionarios. El texto de esta norma es el siguiente:

> "98. A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o

> deficientes de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos, autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.
>
> En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:
> '...
>
> 8. De las indemnizaciones de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado, y de las restantes entidades públicas, por razón de daños o perjuicios causados por actos que esta misma Sala reforme o anule;
> 9. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad subsidiaria del Estado y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado.
> 10. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos; ;"

Nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la Ley, es decir, el Código Judicial en su artículo 98 numerales 8, 9 y 10, ha querido que el conocimiento de los reclamos de indemnización contra el Estado, sus funcionarios o las restantes entidades públicas, sea de competencia de un Tribunal instituido al

más alto nivel jurisdiccional, con especialización en las controversias administrativas, por razón del interés de la sociedad en la Entidad Pública presuntamente responsable del daño, la cual tiene como función la prestación de un servicio público. (R.J. Septiembre de 1980:28)

El artículo 98 del Código Judicial se encarga de desarrollar el artículo 203 numeral 2 de la Constitución Política, y enumera las distintas materias que son competencia de la Sala Contencioso Administrativa.

Consagra esta disposición que, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de las siguientes demandas de indemnización:

1. De las indemnizaciones de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado, y de las restantes entidades públicas, en el caso específico de daños y perjuicios causados por actos que esta misma Sala reforme o anule (numeral 8 del artículo 98).

Los presupuestos de este numeral son dos:

a) Que sea un acto administrativo el que cause el daño, bajo el supuesto específico de que el acto haya sido reformado o anulado; y

b) Que se demande personalmente a algún funcionario del Estado o de las restantes entidades públicas.

En este caso la responsabilidad personal del funcionario procede, porque al dictar el acto reformado o anulado, infringió la ley y debe responder de su actuación; en términos civiles se podría decir que hay culpa.

En virtud de la Consulta presentada al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, dentro de la demanda contenciosa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado Angel Padilla Béliz en representación de Cecilia López de Martín, sobre la constitucionalidad de los artículos 52, 98 numeral 8 y la palabra subsidiaria del numeral 9 y 200 del Código Judicial, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 19 de enero de 1995, declaró constitucional el numeral 8 del artículo 98, señalando lo siguiente:

> "De los párrafos transcritos, se deduce claramente la contradicción, con excepción del numeral 8 del artículo 98 del Código Judicial, de las normas impugnadas frente al numeral 2 del artículo 203 de la Constitución Política, ya que éstas no prevén el conocimiento privativo de la Sala Tercera de la Corte Suprema en estos supuestos.
> ...
> No sucede lo mismo respecto a lo prescrito por el numeral 8 del artículo 98 del Código Judicial, ya que la responsabilidad a la cual se refiere el legislador, atañe a daños y perjuicios que personalmente el funcionario del Estado responde por

> decisiones dictadas por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. En otras palabras, el Estado responde frente a cualquier pretensión por hechos ejecutados por sus agentes en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, tal como se ha señalado anteriormente. Sin embargo, a lo que se refiere el numeral 8 del artículo 98 mencionado, es a la facultad que se le confiere a la Sala Tercera para conocer de indemnizaciones a las que deben responder los funcionarios por razón de daños y perjuicios al declarar nulo cualquier acto administrativo, entendiéndose que esta responsabilidad personal del funcionario es frente al Estado."

Preferimos transcribir el extracto de la citada sentencia, a fin de evitar erradas conclusiones y a fin de que el lector pueda tener inmediación con el texto original. Veamos lo que la Corte afirmó en este fallo:

1. Que la contradicción entre las disposiciones acusadas de inconstitucionales y el artículo 203 numeral 2 constitucional consistía en no prever la competencia privativa de la Sala Tercera en estos supuestos.

2. Que el numeral 8 del artículo 98 mencionado, estaba excluido de esta falta, por lo que es constitucional; y

3. Que además, la razón de la constitucionalidad de este numeral se debe a que la responsabilidad personal del funcionario a la que se refiere esta disposición, es por

decisión de la Sala Tercera, y la responsabilidad consagrada en esta norma es frente al Estado.

En este último punto debemos detenernos, para hacer las siguientes observaciones:

1. Si la norma constitucional a confrontar en esta consulta era una norma de competencia, y se tenía que determinar si los artículos 52, 98 numeral 8 y 9 y 200 del Código Judicial consagraban una competencia distinta de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, porqué razón se toma como determinante la clase de responsabilidad de que trata el numeral 8, como para decir que por esa causa es constitucional.

2. El artículo 98 del Código Judicial, es una norma procesal de competencia, que precisamente consagra la competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en materia administrativa, incluyendo las demandas de indemnización contra el Estado o sus servidores públicos. Por tanto, a nuestro juicio difícilmente esta norma podría contradecir el artículo 203 numeral 2 de la Constitución Política, que consagra la misma competencia.

3. En cuanto a la conclusión de la Corte al interpretar dicho numeral, discrepamos de este criterio, porque consideramos que el numeral 8 no consagra la

responsabilidad de los servidores públicos frente a la administración, sino frente a los administrados, porque son éstos los afectados con el acto administrativo impugnado o anulado y en caso de que el Estado responda en lugar del funcionario, se entiende que es sin perjuicio de su derecho a repetir contra el funcionario.

La responsabilidad de los servidores públicos frente al Estado, se ejerce a través de la Jurisdicción Patrimonial o de Cuentas, cuya competencia corresponde a la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, proceso administrativo, cuyos fallos admiten ser demandados en la jurisdicción contenciosa.

Consideramos que, la confusión en cuanto al hecho de si la responsabilidad del funcionario consagrada en el artículo 98 numeral 8, es frente al Estado o a los administrados, viene a raíz de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 12 de agosto de 1994, citada por la Sentencia de 19 de enero de 1995, que señaló que el artículo 1645 párrafo 4° del Código Civil, con la modificación de la Ley No.18 de 1992, establecía en **forma expresa la responsabilidad directa del Estado**, cuando por conducta culposa o negligente de quien le corresponde la gestión practicada y el ejercicio de esas funciones, se

causa un daño. Se dijo en dicha Sentencia, que quien resulta directamente responsable es el Estado y no el funcionario que causó el daño, sin perjuicio de que el Estado pueda repetir contra dicho funcionario. Y que sólo en los casos en que el servidor público comete delito, la responsabilidad civil del Estado es subsidiaria (R.J. Agosto de 1994:118)

Al determinar la Corte Suprema de Justícia, que el Estado sólo responde subsidiariamente cuando el servidor público comete un delito y causa un daño, se crea la idea de que en todos los otros casos (cuando causa daño por negligencia en el ejercicio de sus funciones) el funcionario público **no tiene responsabilidad directa frente al afectado con el daño,** sino que la tiene el Estado, quien ahora es directamente responsable, razón por la cual se dijo que el artículo 98 numeral 8 consagra la responsabilidad del funcionario frente al Estado y se declaró inconstitucional el artículo 52 y la palabra subsidiaria del artículo 98 numeral 9 del Código Judicial.

Sin embargo, no es cierto que el funcionario público sólo responda personalmente cuando incurre en delito, porque la responsabilidad del Estado no excluye la responsabilidad de éste. Nos preguntamos, ¿cómo puede el

responsable personal de un daño, no tener responsabilidad directa frente al afectado, cuando incluso el afectado podría demandar solidariamente al funcionario responsable del daño y al Estado, siendo ambas demandas competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. A nuestro juicio, siempre que pueda probarse la responsabilidad personal del funcionario, no hay más responsable que él, y al Estado puede obligársele a responder subsidiariamente, responsabilidad que no es menor que la directa, pero que siempre goza del derecho de repetición, elemento importantísimo para que se desarrolle el sistema de responsabilidad en países como el nuestro, carente de recursos para hacer frente a esta clase de demandas.

Si se acepta la tesis de que cuando el funcionario causa perjuicio en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, el Estado es directamente responsable, aunque se pruebe la responsabilidad personal del funcionario, se está creando una ficción de responsabilidad que puede causar confusión, como ocurrió en la Sentencia de 19 de enero de 1995, en la que se declaró inconstitucional la palabra "subsidiaria" del numeral 9 del

artículo 98 del Código Judicial, cuando en nada contradice el artículo 203 numeral 2 de la Constitución Nacional.

En la Sentencia de 12 de agosto de 1994 se dijo además, que la responsabilidad directa del Estado es sin perjuicio de su derecho de repetición contra el funcionario. Pero, ¿cómo se puede ser directamente responsable y tener derecho a repetir contra quien no tiene responsabilidad personal en el asunto?

En cuanto al derecho de repetición, éste nace en determinados casos, tal como lo expresa el artículo 1024 del Código Civil, y así lo dispone el artículo 1646, para el que paga el daño causado por sus dependientes, norma que se pude aplicar analógicamente al caso del Estado.

En este sentido vale la pena aclarar que, el hecho de haber superado modernamente la teoría de la responsabilidad indirecta del Estado, a fin de poder indemnizar los daños anónimos y aquellos causados en la prestación defectuosa de los servicios públicos por la actividad u omisión administrativa, carentes de un actor en particular, no excluye la posibilidad de que, en ciertos casos, exista un funcionario personalmente responsable del acto administrativo, obligado también a responder personalmente y solamente en su defecto o subsidiariamente el Estado en

su lugar. En un sistema como el nuestro, una responsabilidad no excluye la otra, sino que dependerá de cada situación.

2. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad *subsidiaria* del Estado, y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado (numeral 9 del artículo 98).

La palabra subsidiaria de este numeral fue declarada inconstitucional mediante Sentencia de 19 de enero de 1995, (R.J. enero de 1995:122). Esta sentencia se dio en virtud de la Consulta presentada al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, dentro de la demanda contenciosa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado Angel Padilla Béliz en representación de Cecilia López de Martín, sobre la constitucionalidad de los artículos 52, 98 numeral 8 y la palabra subsidiaria del numeral 9 y 200 del Código Judicial.

Según los Magistrados consultantes, "el principio previsto en el artículo 203 numeral 2 de la Constitución es que la responsabilidad por actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos,

resoluciones que ejecuten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales y municipales corresponden **primariamente al Estado** (fs.3-4).

Si leemos detenidamente el artículo constitucional 203 numeral 2 que se dice infringido, vemos que es una norma de competencia, que no determina ni distingue los casos de responsabilidad directa (o primaria como le llaman los Magistrados consultantes) y los casos de responsabilidad subsidiaria del Estado, sino que consagra la competencia de la Sala Tercera, en cualesquiera de los casos mencionados, tratando de abarcar todas las actuaciones del ente administrativo y las facultades de la Sala Tercera para restablecer el derecho violado. Por ello consideramos que, de existir alguna contradicción o violación de esta norma tendría que ser una norma que otorgue una competencia distinta.

a) Antes de la Sentencia de 19 de enero de 1995 (R.J. de enero de 1995:122).

El artículo 98 numeral 9 se podía interpretar en relación con el resto de las normas sobre responsabilidad estatal en el sentido que pasaremos a exponer.

Este numeral se complementaba con el numeral 8 del artículo 98, porque se trataba de la misma situación generadora de responsabilidad, es decir, un acto administrativo. Con la salvedad de que, en el primer supuesto se demanda personalmente al funcionario público que dictó el acto anulado; y en el segundo supuesto, en vez de reclamar la indemnización al funcionario personalmente responsable de dictar el acto, se demanda al Estado, decía la norma, subsidiariamente, porque la responsabilidad es del funcionario que infringió la ley.

Este razonamiento y conclusión encuentra su lógica por la siguiente razón: si hay una falta probada de un servidor público, no se puede decir que el Estado responde directamente, toda vez que hay un responsable. Es en los casos en que no hay responsable directo que el Estado asume la responsabilidad en primera persona, ya sea porque se trata de la prestación de un servicio público o porque el perjuicio fue causado en ejercicio de funciones públicas en las que no se pudo determinar un responsable.

En nuestro sistema de derecho, el Estado sí puede obligársele a responder subsidiariamente en lugar del servidor público responsable del daño, porque ambos son solidariamente responsables y se puede demandar a

cualquiera de los dos. Pero entendemos que esta clase de responsabilidad -la subsidiaria-, admitida por el segundo párrafo del artículo 26 de la Ley No.135 de 1943; por el artículo 126 del Código Penal; por el artículo 1645 del Código civil; y antes de la Sentencia de 19 de enero de 1995, por el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial, no puede considerarse directa del Estado, por las razones que hemos expuesto.

Con fundamento en este numeral, el licenciado Samuel Marín presentó demanda de perjuicios contra el Magistrado del Primer Tribunal Superior Nelson H. Ruiz, y mediante auto de 9 de febrero de 1996, la Sala Tercera expresó que no era aplicable el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial, porque para admitir esta demanda conforme a este numeral, en primer lugar, había que demandar al Estado o alguna de sus entidades públicas, y en segundo lugar, era necesario acompañar la declaratoria de responsabilidad disciplinaria ante su superior jerárquico y de la responsabilidad penal (si fuese procedente) de dicho funcionario, incurrida en el ejercicio de sus funciones, tal como lo exigía a la fecha de la demanda, el artículo 52 del Código Judicial, el cual fue declarado inconstitucional por la Sentencia de 19 de enero de 1995, hechos que no se

dieron, porque se demandó directa y personalmente al Magistrado Ruíz, sin probar ninguno de los supuestos mencionados.

b) Sentencia de 19 de enero de 1995.

Hemos dicho que, la Sentencia de 19 de enero de 1995, se dio en virtud de la Consulta presentada al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, dentro de la demanda contenciosa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado Angel Padilla Béliz en representación de Cecilia López de Martín, sobre la constitucionalidad de los artículos 52, 98 numeral 8 y la palabra subsidiaria del numeral 9 y 200 del Código Judicial.

Consideramos que esta sentencia incurre en el error de concluir que, la tendencia moderna que propugna la responsabilidad directa del Estado y supera el principio de responsabilidad subjetiva, excluye absolutamente los casos de responsabilidad subsidiaria del Estado, cuando no es así. En está ocasión, el Pleno de la Corte Suprema señaló lo siguiente:

> "No pierde de vista el Pleno que recientemente la Corporación tuvo ocasión de pronunciarse en un negocio similar al presente, en el que se examinó la constitucionalidad del artículo 200 del Código

> Judicial ahora nuevamente planteada, **y cuya decisión recayó sobre el tema de la responsabilidad directa del Estado por las acciones u omisiones dañosas de los servidores públicos**, objeto de este negocio constitucional.
>
> Al decidir la consulta de constitucionalidad presentada por la Magistrada del Primer Tribunal Superior de Justicia, Elitza A.. Cedeño con relación al último párrafo del artículo 200 del Código Judicial (Sentencia de 12 de agosto de 1994), la Corte interpretó exhaustivamente el sentido y alcance del numeral 2 del artículo 203 de la Constitución Política y afirmó la competencia privativa de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema para conocer de las causas por la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, y **sancionó de manera clara el principio de la responsabilidad directa del Estado en estos supuestos.**"resaltado es nuestro

Luego de este comentario, la Corte citó el respectivo análisis de la Sentencia de 12 de agosto de 1994, y se pronunció afirmando que, "De los párrafos transcritos se deduce claramente la contradicción, con excepción del numeral 8 del artículo 98 del Código Judicial, de las normas impugnadas frente al numeral 2 del artículo 203 de la Constitución Política, ya que éstas no prevén el conocimiento privativo de la Sala Tercera de la Corte Suprema en estos supuestos." Una de las normas impugnadas era el numeral 9 del artículo 98, el cual no comprendemos cómo podía contradecir el artículo 203 numeral 2 de la Constitución Política, si la acción consagrada en dicho

numeral, precisamente es competencia, por mandato de esa misma norma, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En los párrafos que siguen a dicho análisis, no se vuelve a mencionar el numeral 9 del artículo 98, y finalmente la Corte termina declarando inconstitucional la palabra subsidiaria de dicho texto normativo, y en consecuencia redacta el nuevo tenor literal de la norma.

Consideramos que es un error concluir que la responsabilidad directa del Estado excluye la subsidiaria, porque esto sólo podría ser en un sistema de responsabilidad del Estado objetivo, donde cualquier daño que provenga de cualquier actividad pública, una vez probado el nexo causal y el daño, éste deba indemnizarse. Es una etapa a la cual aún no hemos llegado. Nuestro sistema de responsabilidad del Estado está en etapa de transición, donde la jurisprudencia trata de contribuir a esclarecer estos conceptos, y donde la meta sería definir el sistema de responsabilidad del Estado vigente en Panamá, y que los administrados supieran como ejercer las acciones de indemnización para luego hacer efectivas las sentencias.

En el sistema de responsabilidad de los países como Francia y Colombia subsisten ambas responsabilidades, con

la característica de que en los casos en que hay falta probada o infracción de la ley por el servidor público, éste es personalmente responsable del daño, y el Estado lo es subsidiariamente, mientras que la responsabilidad directa del Estado se aplica a aquellos casos en que se causa el daño en la prestación defectuosa de un servicio público, o por la actividad lícita pero lesiva de la administración, porque se quiere evitar que el afectado quede sin reparación.

En el sistema inglés, por ejemplo, se considera al funcionario como un mandatario del Estado, y todo hecho que signifique responsabilidad para éste, implica una verdadera extralimitación del mandato. Extralimitación que no puede recaer sobre el instituyente y cuyas consecuencias deben ser afrontadas sólo por la persona que las ha cometido.**Altamira Gigena**(1973:57)

Por tanto, tal como lo hemos expresado, si hay una falta probada de un servidor público, no se puede decir que el Estado responde directamente, porque hay un responsible. Es en los casos en que no hay responsible directo, que el Estado debe asumir la responsabilidad directa, ya sea porque se trata de la prestación de un servicio público o porque el perjuicio fue causado en ejercicio de funciones

públicas, supuestos distintos del numeral 9 del artículo 98 que nos ocupa en este análisis.

No obstante la modificación del numeral 9 del artículo 98 del Código Judicial, el Estado puede ser demandado, con fundamento en esta disposición, cuando la causa del daño es un acto administrativo, y el servidor público practicaba su gestión o pretextaba ejercerlas -falta de competencia-, en ambos casos.

Lo que la Sentencia de 12 de agosto de 1994 quiso establecer claramente, fue lo siguiente: que la doctrina ya reconoce el principio de responsabilidad directa del Estado, sin atender a los factores subjetivos de responsabilidad; que el Estado panameño es responsable frente a los daños que causa su actividad pública, fundando este principio en el artículo 1645 del Código Civil con su última modificación por la Ley No. 18 de 1992; y que la jurisprudencia reconoce expresamente el principio de responsabilidad del Estado, propio de la jurisdicción contenciosa y del Estado de Derecho.

Antes de la Sentencia de 19 de enero de 1995, el artículo 52 del Código Judicial, que fue declarado inconstitucional mediante este fallo, disponía para los servidores judiciales, que el Estado respondería

subsidiariamente por los daños que éstos causaran, cuando hubiesen sido declarados responsables en el ejercicio de sus funciones y resultasen insolventes, dos requisitos previos, a la demanda contra el Estado, pero ahora con la declaratoria de inconstitucionalidad de esta norma, el Estado se ve obligado a responder aunque el funcionario judicial sea solvente.

Respecto de las otras responsabilidades subsidiarias que consagra nuestra legislación, la responsabilidad civil derivada del delito y la consagrada en el artículo 1645 del Código Civil, nos preguntamos si, ¿se deben cumplir requisitos previos, o si se puede demandar solidariamente a ambos y pedir que se condene al Estado, o si se tiene que probar la insolvencia del funcionario causante del daño? Estas interrogantes tendrá que definirla la jurisprudencia, teniendo en cuenta que, no hay norma general que exija estos requisitos, y que si deben probarse estos supuestos para que la demanda sea admitida y el Estado esté obligado a responder subsidiariamente, se le dificultaría al afectado el resarcimiento, y sería un requisito adicional a esta clase de acción; mientras que, por la cultura que impera en nuestros países latinoamericanos, respecto al temor de que el Estado no pueda enfrentar con sus recursos

las demandas de indemnización, se requiere una reglamentación donde la responsabilidad del funcionario y la del Estado queden bien determinadas, y que los funcionarios negligentes no puedan ampararse en el anonimato, y recargar a la administración con indemnizaciones que ella no tendría que asumir.

3. De las indemnizaciones de que sean responsable directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos (numeral 10 del artículo 98).

a) Generalidades.

En cuanto al supuesto del numeral 10, que consagra la responsabilidad del Estado y de las demás entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos, cabe observar que siempre que se pruebe el mal funcionamiento del servicio y que éste ha causado un daño, hay lugar a indemnización. Por tanto, este numeral es aplicable a aquellas actividades del Estado que constituyen un servicio público.

Mediante Auto de 11 de septiembre de 1990, el Primer Tribunal Superior Civil, señaló que en las acciones contra el Estado, instituciones autónomas o semiautónomas destinadas a prestar un servicio público, en las que se persigue una indemnización de éstos, provenientes de daños

causados en la prestación del servicio, **no es viable la vía ordinaria,** sino que tales acciones son competencia privativa de la Sala Tercera.

Esta es la denominada responsabilidad directa del Estado. El concepto de responsabilidad directa del Estado, ha sido entendido en dos sentidos: se dice que la responsabilidad es directa porque existe la acción de reparación directa ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia; pero también se dice que es directa, porque responde el Estado directamente, sin que se tenga que probar el dolo o la culpa de la administración, sino sólo la falla del servicio. Las dos acepciones de la palabra directamente responsable se confúnden en la comunidad forense, sin embargo, la disposición que nos ocupa se refiere al segundo supuesto y consagra, precisamente, la acción de reparación directa.

Los requisitos de esta acción son los siguientes:

1. Que el daño se haya causado en la prestación de un servicio público. El análisis que procede en este punto es análogo al que se hizo en la Sentencia de 12 de agosto de 1994, en la que se determinó que la Administración de Justicia era un servicio público;

2. Que este servicio público se haya prestado defectuosamente. La prueba de este hecho es importantísima, y corresponde al apoderado del afectado, valorar en cada caso si debe demandar a la autoridad que prestó el servicio, disciplinaria o penalmente, a fin de probar que hubo una falla en su prestación. En otros casos le corresponderá probar alguna falla técnica. Lo importante es saber que no se puede generalizar y hay que estudiar cada situación y
3. Que el servicio público esté adscrito a la autoridad que se ha demandado. En fallos de 15 de octubre y 15 de diciembre de 1992 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se estableció que el Ministerio de Hacienda y Tesoro no era competente para reconocer indemnización por las reclamaciones que un particular instaure contra el Estado, sino la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. En este caso se demandó una autoridad que no tenia nada que ver con la entidad administrativa que causó el daño.

Mediante Auto de 11 de septiembre de 1990, el Primer Tribunal Superior Civil, señaló que en las acciones contra

el Estado, instituciones autónomas o semiautónomas destinadas a prestar un servicio público, en las que se persigue una indemnización de éstos, proveniente de daños causados en la prestación del servicio, **no es viable la vía ordinaria**, sino que tales acciones son competencia privativa de la Sala Tercera. **Juris**. No. 1(7):553-555)

Y la pregunta que surge es si se viene directamente a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo? Responder a esta interrogante significa definir si se debe agotar la vía gubernativa o si se debe presentar la demanda de indemnización directamente ante la Sala Tercera. Esta es la primera pregunta que surge cuando tenemos un caso de responsabilidad y de su respuesta dependerá en gran parte el resultado del proceso.

En cuanto a esta acción, en fallos de 24 de septiembre de 1976, 13 de diciembre de 1976 y 31 de enero de 1995, todos de la Sala Tercera, se estableció que cuando se reclama por deficiente prestación del servicio, no es necesario agotar la vía gubernativa, sino que se puede acudir en forma directa a la Sala Tercera mediante la llamada acción directa o reparadora.

b) La teoría de la falla del servicio

Es una teoría creada por el Consejo de Estado francés la cual considera que todo acto administrativo puede entrañar responsabilidad para el Estado, si se debe a una falla del servicio.

Pero, ¿qué es una falla o falta del servicio?. Julio Altamira considera que existe falta de servicio si al cúmplirse la función se ha causado un daño, a causa de alguna negligencia, omisión o error, que, si bien reprensible, está íntimamente vinculado al servicio; o cuando no se cumple, o se cumple tardíamente.

En el primer caso, el funcionario ha cumplido con su obligación, no hay extralimitación de funciones, pero ha causado un perjuicio. Esta situación la explica el autor que estamos siguiendo en este tema así: El agente de un servicio público no es responsable civilmente del acto cumplido en su calidad de agente, salvo que haya cometido una falta personal al margen del ejercicio de sus funciones. Entonces es responsable personalmente de las consecuencias de su culpa y debe responder por ellas ante los tribunales judiciales, que deberán examinar la culpa personal del agente y no tendrán que apreciar el valor del acto administrativo, porque no tienen competencia.

Por el contrario, si la "falta de servicio", es cometida por el funcionario en tanto que es órgano de la Administración, es la misma Administración la que ha incurrido en culpa, igual que una persona moral de derecho privado en el caso de daño causado por uno de sus órganos (Altamira, 1973:65 y 67).

Si en el cumplimiento de la obligación o de la función por parte del funcionario, se pone todo el empeño para hacerlo en forma eficiente, entonces no le cabe la menor responsabilidad al servidor público, y debe responder el Estado en forma directa.

Cabe observar, que nuestra ley procesal dispone que cuando se demanda al funcionario personalmente, porque ha infringido la ley y se ha declarado nulo o revocado el acto administrativo, la competencia también corresponde a la Sala Contenciosa Administrativa, con fundamento en el numeral 8 del artículo 98 del Código Judicial.

Para comprender mejor en qué consiste la falta del servicio podemos citar alguna jurisprudencia de la Nación Argentina. Veamos.

La Cámara Nacional Civil, Sala F. el 29 de octubre de 1968 dijo: "la caída o rotura de la rama de un árbol provocada por el viento o la lluvia no es un hecho

extraordinario" ni puede sostenerse que sea un hecho imprevisible. Se trata, más bien, de un daño típico de la peligrosidad propia de los ejemplares del reino vegetal en días de condiciones atmosféricas adversas y cuyo cuidado, cuando están ubicados en aceras, plazas o paseos, se halla a cargo de la Comuna, responsable legalmente en los términos del artículo 512 del Código Civil. **Es un servicio público a cargo de la Municipalidad el cuidado, mantenimiento, conservación y reparación de los árboles que circundan las calles y paseos de la ciudad.** De ahí que, como guardián jurídico de ellos, debe, si no media caso fortuito, responder por el daño ocasionado al desprenderse una rama y caer sobre un automóvil que, en el caso, se hallaba estacionado junto a la acera."(resaltado es nuestro)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el 12/9/1969 sostuvo: "El Gobierno Nacional es responsable de los daños causados a un muelle de la actora por tres tubos desprendidos de una draga de aquél, si el hecho se produjo por fallas de organización de los servicios y funciones a cargo del patrón de la embarcación y falta de adopción de providencias que imponía el caso, sin que obste

a ello la existencia de mal tiempo, fuertes vientos y marejada, pues se trataría de un evento previsible."

Esta teoría distingue entre la falta de servicio y la falta personal, y considera que hay falta personal cuando el funcionario se **extralimita en sus funciones** para cometer la falta o infringe la ley. Este concepto lo consagra claramente el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, al preceptuar que los servidores públicos son responsables por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de éstas. Hauriou considera que, en este caso existe la intención de dañar por parte del funcionario, porque sabe que este acto no le corresponde y a pesar de ello lo realiza (Altamira, 1973:67).

Sin embargo, no compartimos la opinión del autor, toda vez que los funcionarios públicos pueden también extralimitarse en sus funciones por ignorancia de la ley o ausencia de asesoría jurídica, no siendo el dolo el único fundamento de la infracción, sino también la culpa o negligencia.

Cuando surgió la teoría de la falla del servicio, para promover la acción de indemnización era necesario indagar si la falta había sido de servicio o personal del funcionario, a fin de saber tres cosas: ¿De quién era la

responsabilidad, a quién tenían que demandar y ante cuál jurisdicción, la administrativa o la judicial?

Esta disyuntiva originó cuestiones previas de jurisdicción que debían ser resueltas por el Tribunal de Conflictos y que debemos mencionar porque emergen también en nuestro sistema, ya sea por los antecedentes y desarrollo de este tema en los países como Francia y Colombia y su influencia en el nuestro, o porque existe un camino por recorrer y lagunas que llenar por nuestra jurisprudencia, a fin de definir el sistema de responsabilidad estatal que rige en nuestro país.

La etapa siguiente al desarrollo de la teoría de la falta de servicio, admitió que podían coexistir una falta personal y de servicio y la jurisprudencia determinó los supuestos respectivos, señalando que, en estos casos la víctima podía elegir entre demandar a la Administración ante el juez administrativo o demandar al funcionario ante el juez judicial, o incluso reclamarle a uno y a otro la indemnización por la totalidad del daño, pero la acumulación de responsabilidades no significaba acumulación de indemnizaciones, obteniendo una reparación mayor que el daño sufrido (Altamira, 1973:71).

En todo momento las distintas competencias debían ser respetadas, y el administrado afectado no podía solicitar al juez civil que condenara solidariamente a la Administración y al funcionario, como tampoco podía pedir a la jurisdicción penal, si el acto del funcionario constituía un delito, que condenara a la Administración por el daño sufrido.

Si bien esta teoría constituyó un avance en cuanto al principio del Estado responsable, al igual que Altamira Gigena, opinamos que toda falta que cause un daño, independientemente que sea personal del funcionario o de servicio, compromete la responsabilidad de la Administración, última etapa en la evolución del principio de responsabilidad estatal. Este implica que la Administración es responsable por razón del simple mal funcionamiento del servicio, sin que el demandante tenga que probar el elemento culpa.

Nuestro derecho no ha precisado si la falla del servicio incluye el caso fortuito, y tendrá que hacerlo la jurisprudencia. No obstante, el artículo 990 del Código Civil, del Capítulo IV De las obligaciones en general y de los contratos, dispone que Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo

declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueron inevitables."

En cuanto a esta acción, el aporte más importante de nuestra jurisprudencia es la Sentencia de 12 de agosto de 1994, en la que, en relación con el servicio público de la Administración de Justicia se determinó que cumplía con los elementos esenciales para considerarla un servicio público, al señalar lo siguiente:

> "ESCOBAR LOPEZ plantea que los jueces y magistrados "son agentes públicos investidos de un empleo o función permanente, mediante el cual se satisface el servicio público de administrar justicia, a cargo del Estado. Y respecto al cumplimiento de sus funciones y los actos inherentes a ellas, deben ceñirse a la norma objetiva o situación jurídica general, lo que es determinante para la prestación de aquél servicio público y la consiguiente responsabilidad derivada de sus actos". Agrega, igualmente, que la actividad de administrar justicia en sí misma "está encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, de manera contínua y obligatoria, como que se trata de un servicio público básico y primario". **Escobar López** (1991:24-25)
>
> Nuestra Constitución no define la administración de justicia como un servicio público, como sí lo hacen otras Constituciones. Sin embargo, a juicio del Pleno de la Corte, en la Administración de Justicia se encuentran los elementos constitutivos de la noción conceptual de servicio público, respecto de los cuales existe, según Scola, "si bien con algunas variantes, acuerdo doctrinal, en cuanto a su determinación". Estos elementos son:

1. Continuidad, o sea, que su prestación "en ningún caso debe ser interrumpida";
2. Regularidad, porque debe cumplirse "conforme a las reglas, normas y condiciones preestablecidas para ese fin";
3. Uniformidad o igualdad, que debe entenderse como "un resultado del principio de igualdad ante la ley".
4. Generalidad, que consiste "en el reconocimiento de que todos los habitantes tienen derecho a utilizarlo". Esta característica "es inherente, directamente, al carácter 'público' del servicio";
5. Obligatoriedad, en razón de la cual quien lo presta debe cumplirlo "respecto de cualquiera que lo requiera "y esto es así porque "si el servicio público no se presta a quien lo necesita, se transgrede la razón de interés público que dio origen a su creación"(SCOLA. Compendio de Derecho Administrativo, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp.439 a 443)

Todos estos elementos, como ya lo hemos exprèsado, los encontramos en la Administración de Justicia, por lo que podemos considerarla un servicio público.

Por otro lado, quienes rechazan esta posición, como Reyes Monterreal, estiman que la administración de justicia carece de ciertas notas características del servicio público "como la posibilidad de que el servicio pueda ser gestionado por entidades o particulares ajenos a la función pública o la inexistencia de verdaderas potestades administrativas. . .A juicio del Pleno estas caracteríticas no son fundamentales y su carencia no es determinante para no considerar la administración de justicia como un servicio público, ya que existen otros servicios públicos (como el de Policía) que no pueden ser prestados por particulares."(R.J. agosto de 1994:345)

Del análisis hecho por la Corte Suprema de Justicia, podemos deducir los elementos que deben atenderse a fin de

determinar si la entidad pública demandada presta un servicio público, requisito indispensable para poder accionar con fundamento en el numeral 10 del artículo 98 del Código Judicial.

A pesar de la interpretación dada por nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, al texto del artículo 1645, éste no distingue expresamente entre responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria al consagrar la responsabilidad del Estado, sino que, únicamente admite que el Estado es responsable por hecho ajeno cuando el servidor público se encuentra dentro de la gestión que le corresponde. De seguirse la tesis citada en esta jurisprudencia nacional, existiría contradicción con el artículo 98 numeral 9, toda vez que la primera norma no admite la responsabilidad del Estado cuando el servidor público ha causado el daño pretextando ejercer sus funciones, es decir, cuando falta la competencia, y la segunda a la cual se le declaró inconstitucional la palabra subsidiaria mediante Sentencia de 19 de enero de 1995, y que consagra ahora una responsabilidad directa, admite que el Estado indemnice cuando el servidor público pretexta ejercer sus funciones, es decir, cuando falta la competencia.

Sabemos que, aunque la ley expresamente no lo diga, cuando el Estado responde subsidiariamente es un principio que puede repetir contra el funcionario responsable.

CAPITULO TERCERO

La Acción de Indemnización contra el Estado.

A. La demanda contenciosa de indemnización de daños y perjuicios y la demanda contenciosa de plena jurisdicción.

1. Introducción.

En el segundo capítulo de este trabajo, analizamos el sistema de responsabilidad del Estado vigente en nuestro país, destacando, que se puede demandar indemnización (demanda de indemnización) por los daños que cause el ejercicio de la función pública, en los siguientes casos:

1. Responsabilidad del Estado por hecho Ajeno (Art. 1644 y 1645 del C. Civil). El Estado está obligado a indemnizar al afectado, cuando el funcionario público a quien corresponde la gestión practicada (tiene competencia), causa un daño, dentro del ejercicio de sus funciones (no se trata de una actividad personal), interviniendo culpa o negligencia (elemento subjetivo). No distingue este supuesto, si se trata de un acto o un hecho administrativo del servidor público, sino que establece un **principio general de responsabilidad** por los daños que se causen en el ejercicio de la función pública, en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. El ejercicio de una acción ante la Sala

Contenciosa, fundado en esta disposición, podría ampararse en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, si la causa del daño es un hecho administrativo, toda vez que en principio toda actividad pública del Estado es un servicio público y si el funcionario ha sido negligente, se trata de un mal funcionamiento de este servicio; o podría ampararse en el artículo 98 numeral 9 si la causa del daño es un acto administrativo.

Responsabilidad Personal del Funcionario Público (Art. 98 numeral 8 del C.J.). Se puede demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa, al servidor público que haya dictado el acto administrativo, reformado o anulado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por los daños y perjuicios que haya causado dicho acto. Contrario sensu, si se quiere demandar al funcionario personalmente responsable de un daño, que es consecuencia de la ejecución de un hecho administrativo, la Sala Contencioso Administrativa no es competente para conocer de la misma, sólo se puede demandar al funcionario ante esta jurisdicción, cuando los actos administrativos han sido reformados o

anulados por dicho Tribunal; la jurisdicción ordinaria sería la competente en este otro caso.

3. Responsabilidad subsidiaria del Estado.

3.1. Se puede pedir indemnización al Estado por los daños y perjuicios causados por los actos administrativos impugnados ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Demanda Contenciosa de Plena Jurisdicción con pretensión indemnizatoria) (Art. 98 numeral 9 del C.J. y 16 de Ley No. 33 de 1946). La palabra subsidiaria de esta disposición, fue declarada inconstitucional mediante Sentencia de 19 de enero de 1995, no obstante subsiste la responsabilidad del Estado en este supuesto, es decir, cuando mediante un acto administrativo ilegal se cause un daño.

3.2. Responsabilidad Civil del Estado derivada del delito (Art. 126 del Código Penal). Se puede demandar al Estado por los daños causados por los hechos punibles de los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones.

3.3. La ya mencionada responsabilidad por hecho ajeno que consagra el artículo 1645 del Código Civil, que también es una especie de responsabilidad

subsidiaria, reconocida en la ley civil, y ello es así porque el responsable personal del daño es el funcionario, pero la ley obliga al Estado a responder por el vínculo que existe con dicho funcionario, de allí que se trate de una responsabilidad "por hecho ajeno".

En éste supuesto, como en los anteriores, la obligación del Estado de indemnizar es sin perjuicio del derecho de repetir contra el funcionario personalmente responsable del daño, si lo hay, por aplicación analógica del artículo 1646 del Código Civil.

4. Responsabilidad directa del Estado por la prestación defectuosa de los servicios públicos (Art. 98 numeral 10 del C.J.). El Estado está obligado a indemnizar al afectado, cuando el daño ha sido causado por la prestación defectuosa de un servicio público. Es una clase de responsabilidad objetiva, porque no se tiene que probar la culpa del causante directo del daño, sino sólo la falla del servicio.

Entre las cinco responsabilidades mencionadas en los supuestos que anteceden, nuestro derecho no reconoce la responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva, como sí lo hace el derecho argentino. La doctrina argentina

entiende la responsabilidad del Estado como aquella que ha atravesado tres etapas, la de irresponsabilidad, la de responsabilidad subjetiva y la de responsabilidad objetiva. Y esta última etapa responsabiliza extracontractualmente al Estado prescindiendo de que los daños deriven de un comportamiento ilícito, culposo o doloso, pero siempre tomando en cuenta la relación causal a fin de determinarla, es decir, probar la relación entre la conducta imputada al ente público y el daño producido.

Nuestra ley no contempla la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, ni nuestra jurisprudencia la ha admitido, por lo que podemos afirmar que aún nos encontramos en una etapa de transición, donde nuestro derecho sólo admite la responsabilidad objetiva por la falla del servicio público, es decir, la causada por los hechos u omisiones de la administración que causen un daño.

En los cinco casos de responsabilidad del Estado reconocidos en Panamá, incluyendo los supuestos de los artículos 1645 del Código Civil y 126 del Código Penal, la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, en virtud de los artículos 203 numeral 2 de la Constitución Nacional y 98 del Código Judicial, que atribuyen competencia a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para

conocer, no sólo, de los **actos** de los funcionarios públicos, de las autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, sino también de sus:

a) Omisiones;

b) Prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos; y

c) De la **ejecución** (la cual no debe infringir los deberes de servidor público ni incurrir en negligencia o dolo), **de la adopción** (para lo cual la autoridad debe ser competente), y de la **expedición** (en la que se deben cumplir las formalidades de rigor) de las resoluciones, órdenes o disposiciones, en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas las autoridades mencionadas.

Pero, ¿cómo han sido aplicadas e interpretadas estas normas de competencia?.

2. Indemnización y Nulidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Nuestra ley contenciosa, mediante la cual se regula la jurisdicción contenciosa administrativa, aquella competente para conocer de las demandas de indemnización contra el Estado, sólo se refiere expresamente a dos clases de

acciones: la acción de nulidad y la acción "encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos", a la cual la doctrina denomina plena jurisdicción (Artículos 26 y 27 de la Ley No.33 de 1946). Esta segunda acción es la procedente cuando la prestación o petitum de la demanda consiste en una indemnización, que como expusimos en la introducción de este capítulo, no es la única acción de indemnización consagrada en nuestro derecho positivo. Pero, ¿cuáles son los presupuestos de esta clase de acción contenciosa de indemnización?

Desde los primeros tiempos de la jurisdicción contenciosa, se ha entendido que, el recurso de plena jurisdicción se encuentra instituido en la propia Constitución, en la parte final del primer párrafo del artículo 203 numeral 2, al consagrar que la Corte Suprema "podrá **anular** los actos acusados de ilegalidad, **restablecer el derecho particular violado; dictar nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas...**". Pero se ha entendido también que, con el recurso de plena jurisdicción sólo son demandables ante la jurisdicción contenciosa los actos de naturaleza administrativa, sin que pueda demandarse una omisión o un hecho de la administración.

Así se dice que, en nuestro derecho positivo es requisito incuestionable para el ejercicio del recurso de plena jurisdicción, que se haya agotado la vía administrativa, esto es, que el particular provoque una decisión, un acto de la Administración definitivo. Es necesario que la administración conozca previamente la reclamación del particular y que éste agote la vía gubernativa, es decir, que use todos los medios legales puestos a su disposición por el Derecho Administrativo para que la Administración resuelva sus pretensiones. Mientras que, en el derecho francés, por ejemplo, para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio del recurso de plena jurisdicción, no es necesario provocar previamente un acto administrativo, un simple hecho de la administración que viole un derecho subjetivo da lugar a dicho recurso. "A ello obedece, sin duda, el que los autores franceses hablen del control de los actos, para referirse al recurso de anulación (exceso de poder), y del control de las operaciones o hechos, para referirse al recurso de plena jurisdicción". **Morgan** (1961:125,130 y 168)

En auto fechado el 7 de febrero de 1997, el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, al resolver en grado de apelación el incidente de nulidad

por distinta jurisdicción, presentado por el Ministerio Público, dentro del proceso ordinario propuesto por Roberto Eric Acosta y otros contra el Estado, confirmó el Auto No. 1880 de 8 de julio de 1996, mediante el cual se declaró no probado el incidente de nulidad por distinta jurisdicción, concluyendo lo siguiente:

> "Tal como hemos señalado, la parte actora alega que los daños y perjuicios causados a sus representados son el producto del desalojo y ocupación de las instalaciones donde laboraban, por parte de los miembros de las Fuerzas de Defensa de Panamá.
>
> Agrega que las acciones que generaron los daños y perjuicios reclamados, se produjeron sin que existiese orden emanada de autoridad competente, sin que se cumpliera con trámite legal alguno y sin invocar fundamento de derecho que sirviese de apoyo a dicha acción.
>
> Al respecto debemos señalar que si bien es cierto que en el libelo de demanda corregido, se reclaman daños y perjuicios producto de actos ejecutados por funcionarios públicos; no es menos cierto que la reclamación se fundamenta precisamente en la ausencia de una orden.
>
> Por tanto, ante tal situación **corresponderá al incidentista acreditar la existencia de la debida orden administrativa, para así demostrar que la indemnización que se reclama provenía de un acto administrativo; y, que por ende, el proceso se conforma como materia de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa** y no de la ordinaria.
>
> Consideramos necesario señalar que, tanto los numerales 8 y 9 del artículo 98 del Código Judicial al igual que el numeral 13 del artículo 20° de la Ley No. 33 del 11 de septiembre de 1946,

> que se refiere a las indemnizaciones por las cuales es responsable el Estado, exigen que para que la jurisdicción contencioso administrativa adquiera competencia se hace necesaria la existencia del acto administrativo impugnado.
>
> Valga la pena aclarar que la concepción de que todo lo actuado por la administración genera un acto administrativo, es decir, que todas las decisiones, providencias o hechos que cualquier autoridad administrativa o agente del Gobierno toma o ejecuta en el desempeño de sus funciones constituyen actos administrativos, ha sido largamente superada.
>
> Por lo tanto, siendo, pues, que en el presente proceso se reclama una indemnización del Estado, originada en la ausencia de un acto administrativo que impugnar; y, que la parte incidentista no probó que el acto que originó los daños y perjuicios causados se fundamentó en un acto administrativo, se hace imperativa la confirmación de la resolución apelada." (Resaltado es nuestro)

Aunque el auto no se refiere expresamente a la acción de plena jurisdicción, sí invoca en su texto el artículo 20 de la Ley 33 de 1946, el cual quedó insubsistente por los cambios constitucionales y legales desde 1956; y los numerales 8 y 9 del artículo 98 del Código Judicial, los cuales efectivamente presuponen la interposición de una demanda de plena jurisdicción, el octavo, porque se ha reformado o anulado un acto administrativo, y el noveno, porque se ha impugnado un acto administrativo ante la Sala Tercera. No obstante la invocación de estas normas, a nuestro juicio yerra el Tribunal en su interpretación,

porque tal como lo afirmamos en la introducción de este capítulo, éstas dos no son las únicas acciones de indemnización consagradas en nuestro derecho positivo y que son competencia de la Sala Tercera de la Corte.

Según el criterio expuesto, la competencia de la Sala Tercera se circunscribe a los actos formales de naturaleza administrativa, proferidos por cualquier funcionario o autoridad pública, sin extenderse a los hechos u omisiones de igual naturaleza. Una decisión jurisdiccional que atribuye la competencia a la Sala Contencioso Administrativa en función de que sea un acto administrativo el generador del daño.

Sin embargo, consideramos que este criterio sólo aplicable y así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte, cuando se interpone una acción contenciosa de plena jurisdicción en la que se pide la nulidad de un acto administrativo. Recordemos que la ley contenciosa se refiere a la "acción encaminada a obtener la reparación por lesión de derechos subjetivos", como pretensión general (Art. 27, Ley 33 de 1946), cuyas pretensiones particulares pueden consistir en indemnizaciones, modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa

que causó la demanda (Art. 43ª, Ley 33 de 1946). He aquí la confusión existente entre nulidad e indemnización

Por tanto, no es cierto qùe la competencia de la Sala Tercera se circunscriba a los actos administrativos, porque la propia ley en su artículo 43 A admite que un hecho administrativo puede causar la demanda y porque además los daños causados en el ejercicio de la función pública pueden provenir también de los hechos de la administración (Cfr. Art. 98 numeral 10 del Código Judicial), situación en la cual no se pide la nulidad de ningún acto, pero también es competente la jurisdicción contenciosa, en virtud, y he aquí la razón de la competencia, de la naturaleza del ente demandado, porque es un ente público a quien se exige el pago de la indemnización por los daños y perjuicios.

De lo expresado podemos concluir que, indemnización y nulidad son pretensiones distintas que algunas veces pueden coincidir en una misma acción, cuando es un acto administrativo el generador del daño y este debe impugnarse, pero cuando se interpone solamente la acción de indemnización no es requisito sine quanon que se trate de un acto administrativo o que se agote la vía gubernativa, porque podría ser un hecho administrativo del servicio público el generador del daño.

Este criterio fue expuesto claramente po. jurisprudencia anterior a la citada, en Auto de 24 de septiembre de 1976, bajo la ponencia del Magistrado Jorge Fabrega, dentro de la demanda interpuesta por la firma forense Galindo, Arias y López en representación de **JOSE MANUEL GOMEZ**, para que se condenara a la Caja de Seguro Social, al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que, por el mal funcionamiento del servicio público adscrito a dicha institución, sufriera su hija María Esther Gómez, con motivo de la cistoscopía a que fue sometida en el Hospital General del Seguro Social el día 12 de agosto de 1975. El señor Procurador de la Administración interpuso recurso de apelación en subsidio, en ese entonces, contra la resolución de 25 de agosto de 1975, mediante la cual se admitió dicha demanda contenciosa, por considerar entre otras razones lo siguiente:

a) Que aún cuando las leyes no señalan explícitamente el orden de actos con relación a los cuales puede interponerse el recurso contencioso administrativo, de la índole misma de éste, de su naturaleza se desprende que tal orden es el de los actos administrativos, exclusivamente, porque si se admitiera que cualquier acto puede ser objeto

de aquel se estarían desvirtuando los fundamentos de la institución jurídica contenciosa, tal como se lee de las normas del procedimiento contencioso, artículos 42, 44, 45, 46. 48, 54 y 57 de la Ley No. 135 de 1943;

b) Que no era oportuno argumentar que si la Constitución no limita el recurso de plena jurisdicción a los actos administrativos, reducir su objeto a éstos implica una violación flagrante de la norma constitucional, por cuanto la distinción entre actos administrativos materiales y formales, contribuye a determinar la materia propia de la institución;

c) Y que en dicha demanda no existen actos administrativos acusados, condición indispensable para que la Sala pueda ejercer su función revisora, con el objeto de invalidarlos y hacer las reparaciones del caso, sino que sólo se ha presentado una certificación del Doctor Juan Luis Correa Jr. y certificado de nacimiento de María Esther Gómez, por lo que no existe una actuación administrativa concreta.(R.J.1976:384-386)

Por su parte, el Magistrado sustanciador invocó el inciso 11 del artículo 27 de la Ley No. 47 de 1956, Código Judicial anterior al vigente, el cual consagraba la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de las reclamaciones interpuestas contra del Estado por el mal funcionamiento del servicio público, respecto a la cual afirmó lo siguiente:

> "Al referirse la Ley a esta clase de responsabilidad lo hace obviamente con el propósito de incluir los casos en que los perjuicios proceden de cualquier tipo de actividad en la prestación de los servicios públicos realizada por la Administración, sea esta de hechos y operaciones administrativas o bien de actuaciones u omisiones de hechos. Limitar la competencia de la Sala a actos administrativos jurídicos, cuando se trata de responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de los servicios públicos, **sería introducirle una restricción al precepto citado** que virtualmente lo haría ineficaz, ya que con frecuencia la responsabilidad procede de hechos, operaciones u omisiones, que se ejecutan en la prestación de los servicios públicos.
>
> Obviamente, exígese la expedición de un acto administrativo cuando se trata de ilegalidad de actos, pero en caso como el presente que se reclama la indemnización de perjuicios en la prestación de un servicio público, se está en presencia de actos u omisiones que pueden ser materiales o administrativos." (resaltado es nuestro) (R.J.Sep-1976:389)

Con lo sostenido en esta jurisprudencia, el Magistrado Jorge Fábrega mantuvo la resolución mediante la cual se

admitió la demanda de indemnización de daños y perjuicios, sin exigir el requisito de la impugnación de un acto administrativo. Posteriormente, en grado de apelación dentro del mismo caso, el Magistrado Lao Santizo en Auto de 13 de diciembre de 1976, confirmó el criterio expuesto en el Auto citado, señalando que, a pesar de que el señor Procurador considera que, para que en nuestro país pueda prosperar la acción objeto de estudio, se hace necesario reformar las leyes que regulan la Jurisdicción Contenciosa, porque la misma actualmente exige el agotamiento de la vía gubernativa y la impugnación de un acto administrativo, consideramos que "estos conceptos son incuestionables cuando la impugnación tiene por origen un acto, resolución, orden o disposición administrativa, pero aquí no nos encontramos frente a esa regla general, sino ante la excepción que se presenta cuando se encuentran de por medio hechos y no actos. Y nuestro sistema contencioso-administrativo no es ajeno a ello, desde el momento que su competencia se ocupa de las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado o las entidades públicas autónomas o semiautónomas, causadas por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos ".(R.J.1976:716)

Cita el Magistrado sustanciador en este último auto, al profesor Miguel González Rodríguez, quien se refiere al artículo 68 de la ley contenciosa colombiana, nuestro numeral 11 del artículo 27 de la Ley 47 de 1956, del anterior Código Judicial, expresando lo siguiente:

> "Este precepto que traduce la concepción colombiana sobre hechos materiales, que se oponen por su naturaleza a los actos jurídicos, consagra a favor del administrado **una acción de plena jurisdicción** con el fin de que este pueda obtener el restablecimiento de sus derechos lesionados en el evento de que no sea procedente la acción contenciosa subjetiva por no existir un acto producido regularmente por un órgano o funcionario de aquella sino un simple hecho llevado a cabo por éste. Mediante la acción sabiamente consagrada en dicho artículo 68, viable únicamente ante la jurisdicción contencioso administrativa y en ningún caso en la vía gubernativa, como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado, puede el particular lesionado por un hecho u operación administrativa obtener una sentencia en la que se declare la responsabilidad de ésta y se le condene al pago del valor de los perjuicios causados (lucro cesante, daño emergente, etc.).
>
> El pronunciamiento de una decisión de esta naturaleza, según lo afirmado reiteradamente por el Consejo de Estado, le corresponde privativamente a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y en ningún caso a la rama ejecutiva del Poder Público.(Pág. 142.- Derecho Contencioso- Administrativo Colombiano, publicación de la Sociedad Colombiana de Abogados.-Bogotá. 1973.)" (R.J.Dic-1976:716)

Observamos que, la interpretación dada por la jurisprudencia citada, fue clara en establecer que, en este

caso especial no se da la existencia de actos administrativos previos, ni tampoco, el agotamiento de la vía gubernativa, porque se trata simplemente de un hecho material que acarrea en forma directa determinada responsabilidad, constituyendo dos situaciones administrativas diferentes.

Tal es así, que la Administración Pública se enfrenta con la posibilidad de ser constreñida a observar especialmente ciertas limitaciones en el ejercicio de sus funciones, lo cual, en el Estado de Derecho, se hace, precisamente, a través de dos principios fundamentales, el de **legalidad y el de responsabilidad administrativa**. Y es la jurisdicción contencioso administrativa, la llamada en nuestro país a asegurar a los administrados que la Administración pública se ajuste, en sus actuaciones, a la **legalidad** y que, en caso de desviarse de ella, cumpla con la correspondiente **responsabilidad.** (Hoyos, A., 1996:41)

La ley contenciosa admite incluso, que los actos administrativos sean verbales, es decir, que consistan en una "orden, acto o disposición del que no hay constancia escrita" (Art. 48, Ley 135 de 1943), el cual puede probarse con dos testimonios hábiles por lo menos. Esta clase de acto administrativo no debemos confundirlo con los hechos de

la administración. que acontecen generalmente en la ejecución de_ servicio público y en el desempeño de las funciones públicas sin que una autoridad profiera actó alguno.

Adicionalmente, están las omisiones de la administración, que como ya lo hemos señalado, para demandarlas por plena jurisdicción en nuestra legislación, hay que provocar previamente un acto administrativo, es decir, agotar la vía gubernativa y que la Administración resuelva las pretensiones, y esta solución constituye el acto administrativo que será demandado ante la Sala Contenciosa.

Podemos señalar además, que nuestra jurisprudencia ha dado una interpretación restrictiva a los artículos 203 numeral 2 de la Constitución Nacional y 98 del Código Judicial en lo que respecta a la acción de plena jurisdicción, ya que en otros países se admite la demanda contenciosa de nulidad contra los hechos de la administración.

Sin embargo, los criterios restrictivos de la jurisdicción contenciosa, respecto a las acciones que se pueden interponer y las actuaciones administrativas que se pueden demandar se han ido ampliando por la propia

jurisprudencia y también por la ley. Así lo explica el Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia en Panamá, Dr. Arturo Hoyos, al señalar que, tradicionalmente en nuestro país se adoptaron los cuatro procesos contencioso administrativos que existen en el sistema francés, a saber: el de nulidad (excés de pouvoir), el de plena jurisdicción, el de interpretación y el de apreciación de validéz, pero con el artículo 11 de la Ley No. 19 de 1991 se consagró el proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos, que no requiere el agotamiento de la vía gubernativa, el Procurador actúa en interés de la ley, y mediante el cual la Sala puede anular los actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o **reparar** el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República, incluso aquéllas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. (**Hoyos**, 1996:42)

Según el licenciado Jorge Fábrega Ponce, este nuevo proceso le da al contencioso administrativo un nuevo enfoque: de la concepción tradicional como un "proceso al acto administrativo" a una visión que enfatiza el papel de esta jurisdicción **como protectora de los derechos humanos de**

los administrados, lo que implica un vuelco en la concepción de esta institución, tal como lo hemos recibido indirectamente de Francia, a través de Colombia.(Idem:42) Así, un dato importante para el desarrollo de este trabajo, y una prueba de la ampliación de esta jurisdicción, es el hecho de que entre los **derechos humanos** justiciables están no sólo los consagrados en la Constitución, sino también en las leyes de la República, tales como los llamados derechos humanos de la tercera generación: los relacionados con los minusválidos, con los niños, con las mujeres, los vinculados con el patrimonio genético y otros, como los derechos civiles y políticos previstos, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que no existen en nuestra Constitución, **tales cómo el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial,** el derecho al reconocimiento de la dignidad de la persona, y el derecho de rectificación o respuesta de toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de comunicación social, este último, previsto en Panamá también en leyes ordinarias. De esta forma mediante este proceso contencioso administrativo pueden protegerse derechos humanos contra cuya lesión no cabe un proceso de

amparo por no estar previstos estos derechos en la Constitución.(Idem: 84-85)

Por tanto, este nuevo proceso, que hemos citado como ejemplo de la ampliación de la jurisdicción contenciosa como protectora de los administrados, no sólo da un vuelco a esta institución de garantía, sino que extiende el principio de responsabilidad y la posibilidad de la reparación del daño, a otros actos y hechos de la administración pública, así como a actos propios de la administración de justicia, caso de la persona que ha sido condenada por sentencia firme por error judicial.

Cabe observar que, el derecho a ser indemnizado cuando la persona ha sido condenada por error judicial, surge por la consagración de este derecho, en una Convención Internacional aprobada mediante ley de la República; pero, en Sentencia de 29 de agosto de 1995, la Sala Tercera señaló dentro del proceso contencioso de protección de los Derechos Humanos promovido por la Administración Panameña de Servicios, S.A., que dicho proceso no es la vía idónea para reparar pretensiones de carácter económico o patrimonial, pues para esto existe la acción de plena jurisdicción.(R.J., agosto de 1995:424) Por tanto, conforme nuestra jurisprudencia la reparación que se pretenda con la acción

de protección de los derechos humanos, no puede ser patrimonial, y remite una vez más a la acción contenciosa de plena jurisdicción.

Como la acción "encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos" (acción de plena jurisdicción) (Art. 27, Ley 33 de 1946), es por excelencia la acción que tienen los particulares a quienes la Administración les ha "incurrido en injuria contra derecho" (Art. 14, Ley 33 de 1946), hay una tendencia a denominar acción de plena jurisdicción a toda aquella demanda con pretensiones particulares, aunque éstas no consistan en la petición de nulidad de un acto administrativo

Así por ejemplo, en este último período mediante auto fechado el 21 de noviembre de 1996, fue admitida por la Sala Tercera de la Corte, una demanda contenciosa, denominada de plena jurisdicción en la que se incluyen las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la morosidad en el cumplimiento de la formalización de un contrato por parte de una institución autónoma del Estado;
2. Que se resuelva la obligación del demandante de formalizar el contrato celebrado con la entidad demandada;

3. Que se condene a la entidad demandada al pago de la suma de xmillones de dólares, moneda de curso legal en los Estados Unidos de América, salvo mejor tasación pericial en concepto de reembolso de gastos efectuados con motivo de la Licitación Pública No.x y de la formalización No.x, y daños y perjuicios ocasionados a la demandante debido a que la entidad demandada ha incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato correspondiente a la Licitación mencionada, la cual fue Adjudicada Definitivamente a la demandante, así como los intereses bancarios que hubiese generado el monto pagado en concepto de gastos y los que genere el mismo hasta la satisfacción de dicho monto, lucro cesante, intereses y gastos de la acción respectiva.

Si bien la Sala contenciosa no se ha pronunciado en relación con esta demanda, cabe observar que sí fue admitida bajo la denominación de demanda contenciosa de plena jurisdicción, en la que una de sus pretensiones consiste en que se declare que la entidad pública autónoma demandada incumplió ilegalmente la formalización del contrato objeto de la licitación pública No. x, la cual fue adjudicada definitivamente a la empresa demandante, es decir, se demanda el ente administrativo por una omisión en sus

deberes y no por un acto administrativo formal. Por tanto, podemos afirmar que nuestra jurisprudencia acepta denominar indistintamente la acción de indemnización o de reparación directa, como de plena jurisdicción; además de que la denominación de la demanda no debe ser un obstáculo para la admisión de la misma, conforme el artículo 469 del Código Judicial, el cual dispone que, "cualquier error o defecto en la identificación, denominación o calificación de la acción, excepción, pretensión, incidente, o recurso, o del acto, de la relación o del negocio de que se trate, no es óbice para que el Juez acceda a lo pedido, de acuerdo con los hechos invocados y la prueba practicada, si la intención de la parte es clara."

Otro dato relevante de la jurisprudencia comentada, consiste en que, si bien fue admitida esta demanda como una de plena jurisdicción, no sabemos qué término de prescripción le fue aplicado, ya que el contrato fue suscrito con la entidad demandada en 1994 y la demanda fue interpuesta en 1996, por lo que en este caso transcurrió más de dos (2) meses, que es el término de prescripción aplicable a las acciones de plena jurisdicción, excediendo también el término de prescripción de un (1) año, consagrado

en el artículo 1706 del Código Civil, para la acción de responsabilidad extracontractual.

En el proceso contencioso la Sala puede, con audiencia del Procurador de la Administración, anular los actos acusados de ilegalidad, restablecer el derecho particular violado, estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas, y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. En caso de una demanda de indemnización por daños, la Sala Tercera procederá de conformidad con su facultad de restablecer el derecho particular violado, la cual tratándose de indemnizaciones es de carácter patrimonial.

Para el ejercicio del derecho de indemnización se puede accionar con fundamento en los artículos 98 numerales 8, 9 y 10 del Código Judicial o 27 y 43a de la Ley 33 de 1946, o con fundamento en cualesquiera de los supuestos cuya competencia corresponde a la Sala Contenciosa. Así, cabe destacar, que el último caso citado guarda relación con el supuesto contemplado en el numeral 5 del artículo 98 del Código Judicial, que atribuye competencia a la Sala Tercera para conocer de las "cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos", y con esta demanda se pide también la

reparación directa de los daños causados con la actuación de la administración.

Hemos establecido que, cuando es un hecho de la administración la causa del daño, el ejercicio del derecho a ser indemnizado puede accionarse con fundamento en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, a través de la acción de reparación directa. Sin embargo, queremos expresar que, hemos considerado la posibilidad de otro planteamiento: que las tres acciones consagradas en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 98 del Código Judicial, configuren supuestos específicos de acciones de indemnización, mientras que la Acción Contenciosa de Plena Jurisdicción, consagrada en la ley contenciosa, sea una acción de aplicación general, a cualquier supuesto en que se pida el restablecimiento de un derecho subjetivo patrimonial o no patrimonial, donde la causa del daño sea indistintamente un acto o un hecho administrativo. Este planteamiento surge con fundamento en el artículo 27 de la Ley 33 de 1946, que considera los hechos y las operaciones administrativas, y no sólo se refiere a los actos administrativos; y con fundamento en el artículo 43 A de la Ley 33 de 1946, que con la conjunción "o" consagra la posibilidad de que la única pretensión en la demanda de

plena jurisdicción, sea pedir la indemnización de los daños y no alguna nulidad. No obstante, un reconocimiento como éste, sólo podría darse a través de la jurisprudencia o de una reforma legislativa, respecto a las normas que atienden a la presentación de la copia autenticada del acto administrativo impugnado, como requisito indispensable para la admisión de la demanda y otras normas de la ley contenciosa, que han caracterizado la demanda de plena jurisdicción, únicamente como una demanda de nulidad, a pesar de que esta admite ur enumeración abierta de pretensiones.

De lo expuesto podemos inferir que, la pretensión de indemnización puede coincidir en la demanda contenciosa de plena jurisdicción, con la pretensión de ilegalidad, concurriendo ambas pretensiones, aunque si bien, ilegalidad e indemnización son conceptos distintos, pero también puede pedirse sólo la indemnización, cuando el daño no ha sido generado por un acto administrativo, sino por cualquier otra actuación pública fundado en los supuestos de responsabilidad del Estado que consagra la ley (Arts. 1645 del Código Civil, 126 del Código Penal, 27 y 43 A de la Ley 33 de 1946 y 98 numeral 10 del Código Judicial).

La acción de indemnización consagrada en el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial, coincide plenamente con la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, porque en ambas se demanda un ente administrativo y se pide, no sólo la indemnización, sino la nulidad del acto, tal como se deduce de los artículos 27 de la Ley No. 33 de 1946 y 98 numeral 9 del Código Judicial. La única diferencia entre una y otra demanda, es que la acción de plena jurisdicción no siempre presupone la pretensión de indemnización, mientras la acción consagrada en el artículo 98 numeral 9 presupone la impugnación de un acto administrativo, que todavía no ha sido anulado o reformado, lo que equivale a decir que es una demanda contenciosa de plena jurisdicción en la que una de las pretensiones, tiene carácter patrimonial y es indemnizatoria.

Esta concurrencia de pretensiones, la de ilegalidad y la de indemnización, ha traído confusión entre ellas, porque aunque pueden coincidir en una sola, como la regula la Ley Contenciosa y la consagra el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial, la demanda de ilegalidad y la demanda de responsabilidad son distintas, porque la segunda no siempre presupone la impugnación de un acto, y la primera no siempre presupone la pretensión de indemnización.

Recapitulando, en la demanda contenciosa de plena jurisdicción, siempre se pide la nulidad de un acto administrativo, además del restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, que puede ser patrimonial, si se solicita que se repare el daño, o no patrimonial, o consistir en ambos; mientras que la demanda de indemnización no siempre presupone la anulación de un acto administrativo, porque los daños pudieron haber sido causados por un hecho material de la administración, y la pretensión, siempre patrimonial, consiste en el pago de dinero por los daños y perjuicios causados.

En cuanto al carácter del acto impugnado, la demanda de plena jurisdicción se interpone contra actos administrativos de carácter particular, mientras que la demanda de indemnización puede interponerse contra un acto administrativo, pero también contra un hecho o actuación administrativa, tal como se infiere del artículo 98 numeral 10 del Código Judicial.

En cuanto a las similitudes de estas dos demandas, tenemos que: el demandante sólo puede ser aquella persona cuyo derecho se ve lesionado, es decir, el que ha sufrido el daño; en ambas demandas una vez acogida la pretensión, la sentencia es de condena; la prescripción o el término que

tiene el demandante para interponer la acción es de dos meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho administrativo que causó la demanda, tal como se deduce del artículo 42B de la Ley 135 de 1943 adicionado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946; por lo que pareciera que les rige el mismo término de prescripción a ambas acciones, afirmación que estudiaremos especialmente; y por último, los efectos de ambas sentencias son únicamente para quienes las interponen, es decir, tienen efectos inter-partes en lo que se refiere al restablecimiento del derecho y al pago de la indemnización.

3. Las distintas demandas de indemnización contra el Estado y sus presupuestos.

Quienes tienen que demandar al Estado por daños y perjuicios, se preguntan si siempre deben agotar la vía gubernativa, o si deben pedir la nulidad de un acto administrativo, es decir, se cuestionan acerca de los presupuestos que debe cumplir la demanda de indemnización para que sea procedente.

Como ya lo hemos explicado, pero vale la pena reiterar, esta duda se debe a dos razones: la primera, que la demanda de indemnización como la demanda contenciosa de plena

jurisdicción, presupone la afectación de situaciones jurídicas individuales y concretas; y la segunda, que nuestra Ley de lo Contencioso Administrativo, se refiere a dos tipos de acciones solamente: 1. aquella encaminada a declarar la nulidad de un acto administrativo, demanda contenciosa de nulidad; y 2. aquélla en la que se demanda el restablecimiento de un derecho, cuyas pretensiones a su vez pueden consistir en: indemnizaciones, modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causó la demanda; demanda que se ha identificado únicamente como contenciosa de plena jurisdicción, en la que se pide la nulidad de un acto administrativo y las respectivas pretensiones.

La competencia de la jurisdicción contenciosa está regulada ampliamente en el Código Judicial, artículo 98 numerales del 1 al 15, el cual enumera los actos cuyo conocimiento corresponde a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Los presupuestos de la demanda de nulidad no se confunden con los de la demanda de indemnización, porque en aquélla la única pretensión consiste en declarar la nulidad y revocar un acto administrativo de carácter general, aunque

esta declaratoria de ilegalidad bien podría dar derecho a una indemnización.

Sin embargo, la segunda acción que consagra la ley contenciosa, y a la que ya nos hemos referido, aquella que se interpone contra actos de carácter particular, es la que merece nuestro interés, a fin de deducir los presupuestos de "la acción de restablecimiento del derecho subjetivo violado". Esta acción puede consistir en una demanda de ilegalidad en la que sólo se reclama una pretensión no patrimonial o incluir además, una indemnización, tal como se infiere del artículo 43A de la Ley 135 de 1943, adicionado por la Ley 33 de 1946:

> **"43A.** Si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión; **y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya se trate de indemnizaciones o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda...".**

La conjunción "o" denota que la demanda puede consistir indistintamente en una u otra pretensión, o en ambas; sin embargo, no es cierto que se puede interponer la acción de indemnización contra el Estado, consagrada en el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial, por infracción en que incurra el funcionario que dictó el acto administrativo impugnado, sin pedir la nulidad de dicho acto, éste es un presupuesto

de aquella acción. Las razones se encuentran, una, en la propia disposición del Código Judicial, y la otra, en el término de prescripción que es de dos meses en estos casos.

Dromi explica esta prejúdicialidad, señalando que en el derecho administrativo rige la teoría de la causa, por lo que si se pretende reclamar una indemnización por un acto ilegítimo de la Administración, es condición previa para interponer la acción de cobro, la impugnación del acto administrativo, y que si ha prescrito esta acción, el carácter firme e irrevisable del acto conforma un obstáculo insalvable para indemnizar este daño. (1997:784)

Las pretensiones que se pidan en una u otra demanda dependerán del caso en particular. Es por ello que si se trata de una demanda de indemnización interpuesta con fundamento en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, no es necesario el agotamiento de la vía gubernativa ni la impugnación de un acto.

Las acciones de indemnización se distinguen por sus:

1. Pretensiones. Porque aunque en todas se pide la indemnización de los daños y perjuicios, también se pueden incluir otras pretensiones, dependiendo de la acción, como la nulidad de un acto administrativo y su declaratoria de ilegalidad, el restablecimiento no

patrimonial del derecho subjetivo violado, y otras declaraciones dependiendo del caso Recordemos la demanda de indemnización de daños admitida por la Sala Tercera mediante el auto fechado el 21 de noviembre de 1996, cuyas pretensiones hemos citado en párrafos precedentes. (Supra, 215)

2. La actuación administrativa impugnada. Puede revestir la forma de un acto administrativo, un hecho o una omisión administrativa, tal como se consagra en las normas que atribuyen competencia a la jurisdicción contencioso administrativa. La función ejecutiva comprende la adopción de medidas en las que se deben cumplir las formalidades de rigor, si las hay; la expedición de actos, resoluciones, órdenes o disposiciones, para lo cual la autoridad administrativa debe tener competencia; y la ejecución de sus funciones a través de hechos administrativos, sin infringir la Constitución ni la Ley, ni incurrir en negligencia o culpa, porque acarrearía responsabilidad para el Estado.

3. Las declaraciones que proceden en cada una de estas acciones dependerán de las pretensiones.

4. La prescripción será estudiada más detenidamente en este capítulo, toda vez que existe un vacío en la ley, y la jurisprudencia aún no se ha pronunciado al respecto.

4. El Derecho Contencioso Colombiano.

El Código Contencioso Administrativo de Colombia, Decreto No. 1 de 1984, distingue entre los procesos de restablecimiento del derecho con cuantía y aquellos carentes de cuantía, es decir, aquellos en los que se demanda una pretensión patrimonial (indemnización) y aquellos en los que se demanda el restablecimiento de un derecho no patrimonial. Preceptúa, por ejemplo, en su artículo 128, que el Consejo de Estado, en sala de lo contencioso administrativo, conocerá en única instancia, de los procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional, es decir, procesos en los que se impugna un acto administrativo y se demanda el restablecimiento de un derecho subjetivo no patrimonial, lo que equivale, en nuestro país, a promover una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción sin pedir la reparación del daño. Y en su artículo 131 dispone que, los tribunales

administrativos conocerán en única instancia de los procesos de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, demanda en que directamente se pide el restablecimiento de un derecho subjetivo de carácter patrimonial, es decir, una indemnización, sin tener que impugnar un acto administrativo ni agotar la vía gubernativa; y conocerán también de los de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional cuando la cuantía exceda de 800,000.00 pesos, demanda que se asemeja también a una de plena jurisdicción porque se impugna un acto administrativo, pero él restablecimiento del derecho pedido consiste en la reparación del daño (la indemnización), por lo que tiene carácter patrimonial.

Cabe observar, que constituye un avance para el ordenamiento jurídico colombiano, haber promulgado un Código Contencioso Administrativo, que expresamente regula en sus artículos 84 al 88 los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, respectivamente las acciones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa, de las

controversias contractuales y la acción de definición de competencias administrativas.

De estas cinco acciones nos interesa particularmente las reguladas en los articulos 84, 85 y 86. La primera equivale a nuestra demanda contenciosa de nulidad, en la que, como hemos dicho, la única pretensión consiste en declarar nulo por ilegal un acto administrativo de carácter general. La segunda acción se asemeja a nuestra demanda contenciosa de plena jurisdicción, en la que, si bien se pide la nulidad del acto administrativo que causó la demanda, se debe pedir también el restablecimiento del derecho violado. El Código Contencioso Colombiano dispone expresamente, que se puede solicitar con esta demanda la reparación del daño (restablecimiento del derecho patrimonial), por tanto, el restablecimiento del derecho pedido en esta demanda puede ser: no patrimonial, patrimonial o incluir ambos reclamos, el no patrimonial y el patrimonial (indemnización).

La tercera acción es meramente una demanda de indemnización de daños y perjuicios, ajena a la pretensión de ilegalidad de acto alguno, denominada **acción de reparación directa** porque se va directamente a la jurisdicción contenciosa sin tener que agotar la vía

gubernativa. En este supuesto, la fuente del daño no ha sido un acto administrativo, sino como lo señala expresamente la norma, "un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos."

Lo expresado nos lleva a la conclusión de que, en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana, como en la nuestra, cuando la fuente del daño es un acto administrativo, no se acude directamente a pedir la indemnización, sino que se debe agotar la vía gubernativa, y si el acto no ha sido declarado nulo o modificado, se debe interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, y con ésta pedir la reparación del daño, si se quiere. Mientras que, cuando la fuente del daño no es un acto administrativo, se recurre directamente a la jurisdicción contenciosa con la acción de reparación directa.

En cuanto a los tres supuestos de acciones de indemnización consagradas en el artículo 98 del Código Judicial, cuya competencia corresponde también a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sólo el numeral 10 consagra una acción de reparación directa, veamos: "...la

Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente: ... 10. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos;..."

Hemos dicho que, la fuente del daño en los numerales 8 y 9 del artículo 98 del Código Judicial es un acto administrativo, que requiere el previo agotamiento de la vía gubernativa, y que debe ser impugnado a través de una demanda contenciosa de plena jurisdicción, a fin de declarar nulo el acto. La declaratoria de nulidad del acto administrativo, es prueba de la infracción de la ley por parte del servidor público que causó el daño y permite acceder a la indemnización del servidor público o del Estado, respectivamente, por lo que no son acciones de reparación directa, sino que les rige la regla de la decisión previa.

Por su parte, en el supuesto del numeral 10, el requisito esencial consiste en que el daño haya sido causado por el mal funcionamiento de un servicio público, por lo que se trata de un hecho material de la administración y no de un acto administrativo, razón por la cual no se requiere la declaratoria de nulidad, sino que directamente la Sala

Tercera se pronuncia en cuanto a la pretensión de indemnización, claro está que debe tratarse de la prestación defectuosa de un servicio público.

Mientras la ley contenciosa colombiana consagra expresamente dos clases de acciones para reclamar al Estado, la indemnización por daños: a) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y b) la acción de indemnización denominada de reparación directa, que no exige expresamente que se trate de la prestación defectuosa de un servicio público; nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de cuatro acciones de indemnización, la demanda contenciosa de plena jurisdicción, que se aplica a cualquier supuesto en que se pida el restablecimiento de un derecho patrimonial o no patrimonial, y los tres supuestos especiales consagrados en el artículo 98 del Código Judicial, todas competencia de la Sala Tercera de lo contencioso administrativo. Estas acciones no contemplan los supuestos en que el Estado cause un daño por su actividad lícita.

B. La prescripción de la acción de indemnización.

El derecho colombiano, a diferencia del nuestro, consagra expresamente en el artículo 136 del Código

Contencioso Colombiano, los términos de prescripción que corresponden a cada acción de indemnización, señalando que: "La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso...La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos" (Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo).

En Panamá, en vista de que no es un solo cuerpo normativo el que regula los supuestos de responsabilidad estatal, confrontamos el problema de determinar, cuál es el término de prescripción de cada una de las acciones de indemnización.

El Código Judicial no consagra expresamente los términos de prescripción de las demandas de indemnización reguladas en el artículo 98 numerales 8, 9 y 10. Por su parte, la Ley Contenciosa sí consagra en su artículo 42B la prescripción de la acción encaminada a obtener la reparación por lesión de derechos subjetivos, comunmente llamada de plena jurisdicción, veamos:

> **"ARTICULO 42b. La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda".**

Observamos que esta norma no sólo se refiere al término de prescripción para demandar los actos administrativos que lesionen derechos particulares, sino también los hechos materiales de la administración que causen daño. ¿Cuáles son entonces, los términos de prescripción de las acciones de indemnización que se promueven contra El Estado?. Consideramos que, son tres las posibles respuestas a esta pregunta:

a) El plazo de dos meses consagrado en la Ley Contenciosa, artículo 42b, aplicable a la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, a través de la cual se puede pedir la indemnización de los daños patrimoniales causados por el Estado o el funcionario que profirió el acto administrativo;

b) La prescripción general de un año consagrada en el artículo 1706 del Código Civil para las obligaciones que nacen del artículo 1644 del Código Civil, toda vez que este es el término de prescripción aplicable

a las acciones de indemnización por responsabilidad civil extracontractual; o

c) La prescripción de siete años, consagrada en el artículo 1701 para las acciones personales que no tengan término especial de prescripción, y la acción de indemnización es una acción personal.

Si la responsabilidad de la administración puede devenir por actos administrativos o por hechos materiales de la administración, ¿qué términos de prescripción le rige a cada uno de estos supuestos?. Antes de admitir la demanda, el magistrado substanciador debe examinar si el derecho del agraviado a recurrir ante ella está prescrito.

La prescripción de los derechos se explica por la necesidad de dar estabilidad a las relaciones jurídicas, dicen los filósofos, que se sacrifica el valor justicia por el valor seguridad, porque es necesario dar a la sociedad una cierta estabilidad en sus relaciones jurídicas, y ello no sería posible si éstas fuesen susceptibles, en todo tiempo, de ser variadas por la voluntad de una de las partes o por un fallo de la autoridad judicial. Aplicando este principio al caso del Estado en sus relaciones con los administrados, resulta aún de más trascendencia, toda vez que la inseguridad de las relaciones jurídicas de que es

parte la Administración sería de funestas consecuencias para el cuerpo social. **Morgan** (1961:171-172)

1. Responsabilidad civil por la infracción del funcionario al expedir un acto administrativo.

a) Cuando se demanda al Estado.

Conforme el artículo 42B de la Ley 135 de 1943, adicionado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946, tratándose de actos administrativos, hechos u operaciones administrativas, la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de su publicación, notificación o ejecución del acto; y tratándose de hechos u operaciones administrativas, al cabo de dos meses a partir de su realización.

Un aspecto curioso de la redacción del artículo 27 comentado, es que nuestra doctrina y la jurisprudencia sólo admiten que a través de la acción encaminada a obtener la reparación por lesión de derechos subjetivos, se impugnen actos administrativos y no hechos, por lo que el texto de la norma no es congruente con la interpretación que se le ha venido dando. Sin embargo, el texto de esta norma coincide con los artículos 203 numeral 2 de la Constitución Nacional,

y 98 del Código Judicial, que atribuyen competencia a la Sala Contenciosa, no sólo de los procesos que se originen por actos, sino también por omisiones u órdenes que se ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones los funcionarios públicos, y es en la ejecución administrativa que los derechos subjetivos de los particulares pueden ser lesionados por hechos y no por actos, de allí que afirmamos en párrafos precedentes que nuestra jurisprudencia ha venido dando una interpretación restrictiva al interpretar la naturaleza de la actividad administrativa, que puede ser demandada a través de una acción de plena jurisdicción.

Hemos dicho que la acción de plena jurisdicción, en que se impugna un acto administrativo, le rige el término de prescripción del artículo 42b de la Ley No. 135 de 1943, modificado por el artículo 27 de la Ley No. 33 de 1946, por lo tanto, como la acción de indemnización contra el Estado, consagrada en el artículo 98 numeral 9 del C.J., presupone la impugnación de un acto administrativo a través de la acción de plena jurisdicción, somos de la opinión, que a esta acción de indemnización también le es aplicable el mismo término de prescripción. Esta acción se interpone contra el Estado, por los daños que originen las

infracciones del funcionario que haya dictado el acto impugnado, por lo tanto, con la impugnación del acto, debe pedirse la indemnización a la entidad responsable, y a nuestro juicio, el término de prescripción para ambas pretensiones corre simultáneamente.

b) Cuando se demanda al funcionario público que expidió el acto administrativo.

Con respecto a la acción de responsabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 98 del Código Judicial, la acción contra el funcionario personalmente responsable del daño, causado por actos administrativos que la Sala Tercera reforme o anule, consideramos que el término de prescripción aplicable es el de un año, conforme el artículo 1706 del Código Civil, aplicable a la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual, es decir, fundada en la culpa o negligencia de quien causó el daño, y en este caso, con la declaración de nulidad del acto, la infracción de la ley por parte del funcionario es prueba suficiente de su culpa o negligencia.

Nuestro Código Civil consagra en su artículo 1706, el término de prescripción general de un año que rige en materia de responsabilidad civil extracontractual, cuyo tenor literal es el siguiente:

> "**Artículo 1706.** La acción civil para reclamar indemnización por calumnia o injuria **o para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el Artículo 1644 del Código Civil,** prescribe en el término de un año, contado a partir de que lo supo el agraviado.
>
> Si se iniciare oportunamente **acción penal o administrativa** por los hechos previstos en el inciso anterior, la prescripción de la acción civil se contará a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o de la resolución administrativa, según fuere el caso.
>
> Para el reconocimiento de la pretensión civil, en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisdicción penal." (Resaltado es nuestro).

Tal como lo señalamos, nuestro criterio obedece a que, el artículo 1706 consagra la prescripción de aquellas acciones destinadas a exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1644 del Código Civil, y la acción del numeral 8 del artículo 98, tiene su fundamento en una sentencia contenciosa en que se ha anulado el acto dictado por el funcionario respectivo, a causa de su ilegalidad, es decir, que el funcionario al dictar el acto ha violado la

ley, por lo que, en términos civiles, hay probada negligencia o culpa.

El término de prescripción en este último caso empezaría a correr a partir de la notificación al agraviado de la Sentencia de la Sala Tercera, veamos por qué. El artículo 1706 del Código Civil se refiere a la acción civil, distinguiéndola de la penal y de la administrativa: "Si se iniciare oportunamente acción penal o administrativa por los hechos previstos en el inciso anterior, la prescripción de la acción civil se contará a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o de la resolución administrativa, según fuere el caso." Estas dos acciones, entendidas, respectivamente, contra los actos delictivos (delitos) y contra las infracciones o faltas disciplinarias de los servidores públicos. Mientras que la acción civil es aquella que procede contra los actos negligentes o culposos, ya sean éstos delitos o faltas disciplinarias, que causen daño y que deban ser reparados.

Si bien cada una de estas acciones son competencia de una jurisdicción distinta, la norma indica que, si se inicia acción penal o administrativa y se prueba la responsabilidad en estos casos, este hecho puede dar lugar y derecho a accionar civilmente, a fin de ser indemnizado

pecuniariamente por los daños, es decir, la acción civil repara el daño material que se le ha causado al agraviado.

La norma comentada también consagra el término de prescripción de la acción civil para reclamar indemnización por calumnia o injuria; pero no se refiere a la prescripción de la acción civil cuando se pretenda reclamar indemnización por otros delitos que no sean los de calumnia o injuria. Esta distinción es la que ha hecho a la jurisprudencia considerar que nuestra ley civil no consagra un término de prescripción específico para la acción civil derivada de los delitos en general, por lo que se aplica la prescripción general de las acciones personales, que antes era de 15 años y ahora es de 7 años, artículo 1701 del Código Civil, el cual dispone que "Prescriben en siete años las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción".

c) Otras consideraciones en torno a la prescripción y la Acción de Indemnización contra el Estado.

A pesar de haber extendido al Estado y sus instituciones públicas, la responsabilidad civil a la que nos hemos referido, y por ende el derecho del afectado al ejercicio de la acción civil para reclamarle al Estado la

respectiva indemnización por daños, es decir, la responsabilidad civil, Dromi considera que, no le son aplicables los principios del derecho civil. (1997:765) Por nuestra parte, consideramos que aunque los principios de la responsabilidad civil se han modificado al trascender al campo del derecho público, los vacíos jurídicos y los principios de este instituto de responsabilidad extracontractual, aunque se trate del Estado, sólo pueden deducirse de la ley civil (si se trata de la responsabilidad civil extracontractual) o de la ley penal (si se trata de la responsabilidad civil derivada del delito), y más aún en un país como el nuestro, con un incipiente desarrollo del sistema de responsabilidad del Estado en la ley contencioso administrativa.

Si bien no existe duda en cuanto a que el término de prescripción para impugnar los actos administrativos ilegales, que causen daño, es de dos meses, nos preguntamos ¿qué sucedería si se interpone la demanda de plena jurisdicción sin pedir la reparación del daño al ente demandado, acaso podría intentarse en un proceso contencioso posterior, la acción de indemnización, después de haber obtenido la declaratoria de nulidad del acto, caso en el

cual la prescripción empezaría a correr a partir de dicha declaratoria de nulidad?.

En nuestra opinión, el principio consagrado en la ley contenciosa, que obliga a presentar con la demanda todas las pretensiones cuyas declaraciones pretende el actor, incluye las indemnizaciones; es decir, que cuando se demanda a una entidad pública, por un daño causado por un acto administrativo, con la declaratoria de nulidad debe pedirse, si se quiere, la indemnización, de lo contrario prescribiría el término para interponer la acción. Esto es así, porque si se pide el restablecimiento del derecho violado, éste debe incluir todas las pretensiones, como se desprende del artículo 43a de la Ley 135 de 1943. Se exceptúa de esta regla, la acción de indemnización que se interpone contra el funcionario personalmente responsable del daño, que como ya explicamos, consideramos que le rige el término de prescripción de un año, y se le demanda después de haber anulado el acto, porque en el proceso de anulación del acto administrativo, el demandado es la entidad administrativa y no el funcionario.

Expliquemos más detalladamente este asunto. La diferencia entre las acciones de los numerales 8 y 9 del artículo 98 del Código Judicial, se dan porque, en la

primera acción la competencia de la Sala viene en virtud del acto que originó el daño, toda vez que fue un acto administrativo; mientras en la segunda acción la competencia viene atribuida no sólo por esto, sino por la calidad de la parte demandada, que es una entidad de la administración La jurisdicción contenciosa presupone, en principio, que se demande a una entidad administrativa, contra quien se presentan todas las pretensiones, incluyendo la de indemnización; mientras que la acción del numeral 8 del artículo 98, es contra el funcionario público, por lo que no podría pedirse con la declaratoria de nulidad del acto la indemnización, porque el demandado en este proceso, no es el funcionario personalmente responsable, sino la entidad administrativa que lo profirió.

Además, cabe advertir que a ese funcionario público que causó el daño se le puede demandar en la jurisdicción administrativa o en la jurisdicción civil, y su responsabilidad prescribe en un año a partir de la notifrcación al agraviado de la resolución contencioso administrativa.

2. Responsabilidad del Estado por deficiente prestación de un servicio público adscrito.

A pesar de que la Ley contenciosa, consagra para la acción de restablecimiento del derecho, un mismo término de prescripción para impugnar los actos y los hechos administrativos, nos preguntamos si, ¿el artículo 42 B, norma de caducidad de la ley contenciosa, citada en párrafos precedentes, es aplicable a la acción de reparación directa, artículo 98 numeral 10, en la que los daños devienen, por lo general de hechos y omisiones, pero no de actos formales?

En este sentido, nos preocupa su corta duración, sobre todo para los daños causados por actos no formales, es decir, por hechos, porque consideramos que el término de prescripción para interponer una acción debe guardar relación con el interés tutelado por la acción respectiva, el cual puede ser, en algunos casos, cuantitativamente, de considerable importancia. Recordemos además, que el daño material hay que probarlo y la jurisprudencia contenciosa no ha determinado si debe, incluso, ser liquidado, por lo que con un término de prescripción tan corto podrían verse afectados los intereses de quién ha sufrido el daño.

El licenciado Octavio del Moral, catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, nos señala que, al estudiar el fundamento o razón

para atribuir a una acción una determinada prescripción, no ha encontrado en la doctrina ningún autor que profundice este tema, por lo que el término de prescripción fijado por la ley, para una determinada acción, pareciera obedecer a un criterio subjetivo del legislador, sin atender al valor del derecho tutelado por la acción, o a la complejidad de la materia probatoria de algunas acciones, como la de indemnización.

¿Cuál es entonces, el término de prescripción de la acción de reparación directa? Para definir la prescripción de esta acción debemos determinar el sentido y alcance del artículo 1706, el cual consagra la prescripción de la acción civil extracontractual, toda vez que la acción directa de reparación, es una acción por responsabilidad civil extracontractual del Estado.

No obstante, la acción de reparación directa no tiene su origen en la culpa o negligencia de algún funcionario público en especial o en la comisión de un delito por este funcionario, es decir, en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 1706 del Código Civil, por lo que a nuestro juicio, no se puede aplicar el término de prescripción de un año que consagra dicha norma.

Consideramos también, que a los actos administrativos y a los hechos de la administración, no puede dárseles un tratamiento idéntico. La Ley Contenciosa No. 135 de 1943, modificada por la Ley No. 33 de 1946, dispone en sus artículos 29 al 32, cómo deben notificarse a los administrados los actos administrativos, normas que garantizan que el agraviado pueda conocer dicho acto, y que tenga la posibilidad de reclamar la indemnización correspondiente. Esta garantía y seguridad no la tenemos con los hechos dañosos de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, ya que incluso puede darse el conocimiento del hecho en sí, pero no el conocimiento del daño.

Por tanto, en cuanto a la acción de reparación directa, instituto del derecho público, debemos indicar que, sin lugar a dudas nuestra ley contenciosa o el Código Judicial al consagrar dicha acción, debió fijar dicho término de prescripción, y sin embargo, hay un vacío jurídico en este sentido.

Siendo una clase especial de acción, procedente en aquellos casos en que se causan daños por hechos de la administración, incurridos en la prestación defectuosa de los servicios públicos, consideramos que el término de dos

meses no le es aplicable. De ser así, tendrían privilegio las víctimas de los daños causados por hechos dañosos incurridos por sujetos de derecho privado, y sería menor el término de prescripción para las víctimas de un hecho de la administración, sujeto de derecho público, a pesar de que la causa generadora del daño es de idéntica naturaleza, un hecho material.

Por la especialidad del hecho administrativo, incluso la jurisdicción contenciosa colombiana le otorga 2 años como plazo de prescripción a la acción de reparación directa.

Luego del análisis expuesto, podemos afirmar que por no tener consagrado un término especial de prescripción, debe aplicarse el término de prescripción de siete años, que rige para las acciones personales que la ley no le ha señalado término alguno, artículo 1701 del Código Civil.

Hemos titulado nuestro trabajo la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el ordenamiento jurídico panameño, sin embargo, otros autores le denominan responsabilidad civil o responsabilidad patrimonial del Estado, queriendo significar en todos los casos, aquella responsabilidad que no deviene de las relaciones contractuales del Estado, sino de los daños que cause la ejecución y el desarrollo de la actividad pública. Hay

quien afirma que, se le llama todavía, responsabilidad civil del Estado, pero es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco civil en el sentido de regirse por las normas de dicho Código, y que estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público que por iniciativa jurisprudencial, ha elaborado una serie de reglas especificas para regularla, lo cual hace ya inexacto hablar en rigor de responsabilidad civil. **Dromi** (1997:765)

A pesar de lo afirmado por Dromi, sabemos que, históricamente, la responsabilidad del Estado ha atravesado diferentes etapas, pero no se ha desarrollado en modo idéntico en todos los países, sino que cada sistema jurídico se encuentra en alguna de estas etapas. Su evolución, ha partido de un sistema de irresponsabilidad del Estado; en una segunda etapa, el sistema ha reconocido la responsabilidad del Estado superando la teoría de la doble personalidad de éste, pero fundado en las normas del derecho civil, es decir, el Estado es responsable como cualquier sujeto de derecho privado; y actualmente en su tercera etapa, la doctrina y las legislaciones modernas, reconocen

la responsabilidad objetiva del Estado, fundada en los principios del derecho público.

Conforme al estudio que hemos hecho del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, podemos decir que, nuestro sistema de responsabilidad se encuentra en una etapa de transición, en desarrollo por la jurisprudencia de estos principios aludidos, razón por la cual, no podemos afirmar que en Panamá se ha superado plenamente el fundamento civil de la responsabilidad del Estado, ya que aún intervienen ambas jurisdicciones en este campo, la civil y la administrativa. Prueba de esta afirmación es que nuestro Código Civil regula la responsabilidad del Estado por hecho ajeno, y en el único aspecto que se ha trascendido completamente a la jurisdicción contencioso administrativa, es en el de la competencia, aunque la jurisdicción civil tiene, entre otros precedentes, uno del 11 de noviembre de 1997, resolución dictada dentro del Proceso Ordinario de Mayor Cuantía interpuesto por Alberto Bolivar Conte Magdaleno contra el Estado, para que se le condene a pagar indemnización de daños y perjuicios derivado del hurto agravado cometido por el servidor público Guillermo José Wong Guizado; desición de la jurisdicción ordinaria que

contradice lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, respecto a la competencia privativa de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, cuando se demanda indemnización contra el Estado.

Adicionalmente, la jurisdicción contencioso administrativa nacional no posee tribunales administrativos ni tiene un procedimiento netamente administrativo, sino que, a diferencia de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, "tiene un procedimiento incompleto, que usa las normas procesales civiles como derecho supletorio".

Las situaciones de hecho mencionadas confirman el hecho de que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, debemos recurrir aún a la jurisdicción civil para dar solución a distintas situaciones que se podrían dar y no tienen su solución en el derecho administrativo. A pesar de lo anotado, nos anima en nuestro estudio las palabras del Doctor Moscote, citado por Eduardo Morgan, quien afirmaba que, "las instituciones jurídicas, científicamente conformadas, no han nacido acabadas, ni se han plasmado de la noche a la mañana en los textos de derecho positivo, sino que han sufrido todo un proceso histórico, a lo largo del cual fueron adquiriendo su personalidad...". (1961:40)

3. Responsabilidad Civil derivada del Delito.

Ya mencionamos algo sobre este punto, cuando tratamos la demanda contra el funcionario, en los casos de responsabilidad civil por la infracción de la ley en la expedición de un acto administrativo. Sin embargo, queremos distinguir en este presupuesto, el término de prescripción cuanto se reclama la responsabilidad civil contra quien realizó el hecho punible o participó en él y cuando el reclamó se hace contra el Estado o la entidad pública del caso.

La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, en Sentencia de 14 de octubre de 1983, dictaminó que el artículo 1706 del Código Civil contempla el plazo prescriptorio para exigir la responsabilidad civil que deviene de delito contra el honor y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1644 del mismo cuerpo de leyes, pero no de otras infracciones a la Ley penal o civil, y que, por lo tanto, la acción que no se derive de los supuestos contemplados en el artículo 1706 del Código Civil no queda comprendida en esta disposición, sino que se le aplica la norma general de prescripción de las acciones personales del artículo 1701,

cuyo plazo, actualmente es de 7 años, conforme la modificación de esta norma por la Ley No. 18 de 1992. **R.J.** (octubre de 1983:10-22)

Si bien el artículo 1706, actualmente no se refiere a los delitos contra el honor, sino sólo al reclamo de indemnización por los daños a causa de la calumnia o injuria, por una modificación de la Ley No. 18 de 1992, el sentido de la jurisprudencia no ha sufrido alteración alguna.

Este criterio fue reiterado en Sentencia de 18 de marzo de 1994, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

> "Recientemente ha señalado esta Corporación que las obligaciones que se deriven de los delitos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 977 del Código Civil, se regirán por las disposiciones de carácter penal y que aquéllas nacidas del ilícito civil, están reguladas; según mandato del artículo 978 del Código Civil, por el Capítulo II del Título XVI del Libro Segundo. De tal manera que el artículo 1706 establece un año como término de prescripción para las acciones civiles cuando se reclama indemnización por una sola clase de delito, esto es, calumnia e injuria, o cuando se reclaman obligaciones generadas de actos civiles que no constituyen delito, es decir, en que "intervengan culpa o negligencia no penados por la ley".
>
> De aquí pues, que el artículo 1706 del Código Civil sólo tiene aplicación en los casos especificados en dicha disposición y no puede abarcar a otros casos, como lo es, en general el caso del ilícito penal, donde la prescripción d-

> la acción civil para el reclamo de indemnización caería dentro del término señalado por el artículo 1701 sobre prescripción de acciones personales que no tienen término especial de prescripción. Cabe anotar, que esta disposición (1701 del Código Civil), durante el período en que se inició este proceso y en que se dictó la sentencia de primera instancia, establecía un término de prescripción de 15 años, el cual ha sido disminuido, mediante la Ley 18 de 31 de Julio de 1992, promulgada el 6 de agosto de ese año en la Gaceta Oficial 22094, al término de siete (7) años." **Revista Juris**, Año 3, No. 6, p.109.

El criterio jurisprudencial expuesto, es el sentado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, tratándose de la responsabilidad civil que surge de la comisión de un delito.

Pero, ¿qué sucede cuando el delito que origina el perjuicio lo ha causado un servidor público en ejercicio de funciones públicas?, ¿Es aplicable al Estado el término de prescripción que rige para accionar contra el responsable del delito?.

Consideramos que la respuesta es afirmativa, toda vez que, tal como lo consagra el artículo 126 del Código Penal, la responsabrlidad que se atribuye al Estado en este supuesto es subsidiaria, por lo que mal podrían tener estas acciones términos de prescripción distintos. Por tanto, también rige el término de prescripción de siete (7) años para la acción civil derivada del delito que se ejerce

contra el Estado, Municipio o Instituciones Autónomas o Semiautónomas.

Para determinar el término de prescripción correspondiente, no se atiende a la naturaleza de la persona demandada, que en este supuesto es el Estado o alguna de sus instituciones públicas, sino al carácter de la responsabilidad que se reclama a través de esta acción, que está dado por la naturaleza de la causa generadora del daño.

El artículo 977 del Código Civil, consagra que "Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas, se regirán por las disposiciones del Código Penal." Y el Código Penal, dispone en su artículo 130 para la extinción de esta clase de responsabilidad, que será de acuerdo con los medios y en la forma determinados en el Código Civil, pero como la acción civil derivada del delito, no tiene término de prescripción especial se le aplica el término de prescripción general de las acciones personales.

A pesar del criterio expuesto, cabe observar que nuestra jurisprudencia aún no ha precisado cuál es el término de prescripción de las acciones de indemnización que se interponen contra el Estado por delitos de sus funcionarios. Para respaldar este hecho queremos comentar el Auto de 21 de noviembre de 1997.

En este caso, la señora Procuradora de la Administración apeló del auto de 28 de mayo de 1997, que admitió la demanda contencioso administrativa de indemnización, "para que se condene al Estado a pagar la suma de B/. 3,153,777.00, más los gastos e intereses legales a la fecha, por los daños y perjuicios materiales ocasionados por la Gobernación de la República de Panamá."

La señora Procuradora de la Administración señaló en su escrito de apelación que la demanda estaba prescrita, porque: al señor Alberto Velásquez se le condenó por el delito de abuso de autoridad, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones y Consultas, mediante la Resolución fechada el 1 de julio de 1993, y con la notificación de esta segunda instancia quedó ejecutoriada la sentencia, título ejecutivo contra el procesado, y título para que el afectado pudiera exigir la indemnización subsidiaria de la entidad pública pertinente, conforme el artículo 126 del Código Penal; que el artículo 130 del Código Penal dispone que, la responsabilidad derivada del delito no cesa con el cumplimiento de la pena y sólo se extingue por los medios y en la forma determinados en el Código Civil, razón por la que, los artículos 1644 A y 1645 del Código Civil son aplicables a las indemnizaciones

derivadas del delito; y que también resulta aplicable el término de prescripción de un año consagrado en el artículo 1706 del mismo Código.

Señaló la apelante además, que el término debió correr aproximadamente entre julio-agosto de 1993 y julio-agosto de 1994, período en el cual fue presentada la primera demanda de indemnización del señor Jaime Padilla Beliz en representación legal de la sociedad El Siglo, S.A., la cual no prosperó, razón por lo que se interpone la demanda que nos ocupa, tercera del mismo demandante, pero que por la fecha en que se interpone, 17 de mayo de 1997, no puede admitirse por estar prescrita.

Por su parte, el apoderado de la parte actora respecto del mismo asunto de la prescripción, señaló que si bien, la señora Procuradora consideraba aplicable al caso las normas del Código Civil, por regular las obligaciones nacidas de la culpa o negligencia, éstas sólo son aplicables a las relaciones entre particulares y la inclusión del Estado como responsable por efecto del artículo 1645 del Código Civil, nada tiene que ver con los de la prescripción regulada por las Leyes de lo Contencioso Administrativo; y que el artículo 50 de la Ley No. 135 de 1943, el cual dispone que no se dará curso a la demanda que no cumpla las formalidades

debidas y que la presentación de esta demanda no interrumpe los términos señalados para la prescripción, sólo es aplicable a la demanda contenciosa de plena jurisdicción y ésta es una demanda de indemnización.

Respecto al argumento de la prescripción sustentado por la Procuraduría de la Administración, se determinó por el resto de los Magistrados que integraban la Sala lo siguiente:

1. Que para resolver sobre ese punto, uno de los aspectos que debía considerarse, sea cual fuere el término de prescripción, era el momento a partir del cual éste debía contarse.
2. Invocó el tribunal el artículo 1707 del Código Civil que consagra una norma de carácter general, la cual dispone que, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.
3. Se invocó también en dicho auto, el artículo 1989 del Código Judicial, el cual consagra que, "la pretensión para reclamar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, su familia o un tercero, debe promoverse mediante incidencia durante el

plenario ", concluyendo los Magistrados que, la acción para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por Alberto Velásquez, al ordenar el cierre de las instalaciones del diario El Siglo, S.A., pudo ejercitarse desde el momento en que quedó ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio dictado contra el precitado señor Velásquez.

4. Que el auto de enjuiciamiento fue dictado contra el señor Velásquez el día 8 de agosto de 1990, pero como no existe prueba de la fecha en que el auto quedó ejecutoriado, tampoco hay constancia de la fecha en que la demandante pudo ejercitar la acción para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el señor Alberto Velásquez, es decir, no se ha probado la fecha exacta a partir de la cual debió contarse la prescripción de la acción que se alega, por lo que mal puede afirmarse que la acción está prescrita.

De lo expresado por el resto de los Magistrados de la Sala, podemos inferir que, no se determinó la norma de prescripción aplicable a esta acción de indemnización, toda vez que por regla general la norma de prescripción señala a partir de cuándo se debe contar el término de prescripción,

y en caso de que no sea así, es cuando se aplica el artículo 1707 del Código Civil, que fue invocado en dicha resolución. Comprendemos que, la Sala en grado de apelación prefirió por el vacío jurídico que existe en nuestro derecho respecto a la prescripción y otros asuntos de la responsabilidad extracontractual del Estado, confirmar el auto de admisión de la demanda, con fundamento en que la apelante no probó "la fecha exacta a partir de la cual debió contarse la prescripción de la acción". Sin embargo, mantenemos el criterio expuesto respecto a la aplicación del artículo 1701 del Código Civil, a todas las acciones civiles por responsabilidad derivada del delito que no sea el de calumnia e injuria.

4. Responsabilidad Extracontractual del Estado, derivada del hecho u omisión negligente del funcionario (hechos administrativos).

Responde este punto, a la siguiente interrogante: ¿Qué sucede en aquellos casos en que en vez de iniciar acción penal, se inicia acción administrativa por la falta disciplinaria del servidor público, cuál es el término de prescripción de la acción para reclamar la indemnización?. ¿Acaso se aplica el mismo término de prescripción que rige para la acción civil extracontractual que se promueve con

fundamento en el artículo 1644 del Código Civil, o el término de prescripción general de siete años?.

Hemos dicho que, la causa del daño en los supuestos de responsabilidad puede ser un acto administrativo, un hecho de la administración o un delito. Conocemos el término de prescripción en el primer caso y en el último, pero, ¿Qué sucede con la acción contra el Estado que tiene su fundamento en el artículo 1645 del Código Civil, prescribe en dos meses (Art. 42b de la Ley 33 de 1946), o en un año (Art. 1706 del Código Civil), o acaso por no tener consagrado un término especial de prescripción, debemos aplicar el artículo 1701 del Código Civil, el cual consagra el término de prescripción de siete años para las acciones personales, que no tengan señalado término especial de prescripción?.

En este caso sucede lo mismo que señalamos para el caso de la prescripción de la acción "por deficiente prestación del servicio público", es decir, que admitir la primera tesis, la de los dos meses, significa admitir que, las víctimas de los daños causados por la falta disciplinaria (culpa o negligencia) de los servidores públicos resultan menos favorecidas que las víctimas de los daños causados por quienes no son servidores públicos del Estado, aunque en

ambos casos la causa del daño ha sido una actuación negligente o culposa (un hecho material).

Para concluir el punto atinente a la prescripción, nuestra opinión es la siguiente. Para definir el término de prescripción de una acción se debe atender a la actuación que ha dado origen al daño, la ley contenciosa considera que si es un acto administrativo prescribe en dos meses e incluye con el mismo término de prescripción los hechos de la administración. A pesar de la inclusión en la ley contenciosa, del término de prescripción para impugnar los hechos materiales que han causado daño, recordemos que esta ley regula la acción de plena jurisdicción, que procede sólo contra actos administrativos y no contra hechos materiales. Siendo este el criterio aplicado al interpretar la ley contenciosa, debemos resaltar que, lo que tiene un tratamiento especial en dicha jurisdicción y reúne las características propias del derecho público, es el acto administrativo, pero los hechos y los delitos no son actuaciones propias y exclusivas del derecho administrativo o de los servidores públicos, razón por la cual consideramos que, si de una actuación negligente o culposa (hecho administrativo), se origina un daño a un administrado, debe aplicarse el término de prescripción de un año que consagra

la ley civil en el artículo 1706 para los particulares en general.

C. La jurisdicción competente para interponer la acción de indemnización contra el Estado.

Señalan Mazeaud y Tunc en su tratado de responsabilidad civil, que la acción de responsabilidad es una acción personal y mobiliaria por lo que está sujeta a las reglas de competencia aplicables a estas acciones. Trataban de determinar los autores ante qué jurisdicción debía presentarse la acción de indemnización, es decir, cuál era el tribunal competente para conocer de la misma y su término de prescripción. En Francia, las reglas de competencia indicaban que ésta, dependía de la persona contra la cual se dirigía la acción. Así, si la acción iba dirigida contra la Administración, conocían los tribunales administrativos, pero si se pretendía la indemnización por parte del agente de la administración, en principio conocían los tribunales judiciales. (1977:5)

Nuestra Constitución Política en su artículo 203 numeral 2, el Código Judicial en su artículo 98 numerales 8, 9 y 10, y los artículos 15 y 16 de la Ley 33 de 1946, consagran la competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo respecto a las siguientes

acciones de indemnización: acción de indemnización por responsabilidad personal del funcionario del Estado al expedir un acto administrativo que la Sala reforme o anule(art. 98 numeral 8 del C.J.); acción de indemnización contra el Estado por la infracción que cometió el funcionario o la entidad que profirió el acto administrativo impugnado (antes denominada responsabilidad subsidiaria)(art. 98 numeral 9 del C.J.); acción de indemnización por responsabilidad directa del Estado y de las entidades públicas por el mal funcionamiento de los servicios públicos (art. 98 numeral 10 del C.J.); y en los casos en que se pida el restablecimiento del derecho subjetivo violado, ya sea éste patrimonial o no patrimonial, la acción de plena jurisdicción.

Además de las normas de competencia comentadas que consagran distintas acciones de indemnización contra el Estado o el funcionario público, existen otras normas que reconocen la responsabilidad del Estado, aunque no consagran una acción de indemnización en particular, tales como el artículo 1645 del Código Civil o el artículo 126 del Código Penal. En vista de que no todos los supuestos de responsabilidad del Estado, están contemplados en el mismo cuerpo de normas, el problema es determinar cuál o

cuáles jurisdicciones deben conocer cada uno de estos supuestos. Veamos cuáles son los supuestos de responsabilidad que se pueden dar y la jurisdicción competente.

1. La Responsabilidad Personal del Funcionario y la del ente administrativo.

Son cuatro los supuestos que se pueden dar en cuanto a la responsabilidad del funcionario y la correlativa responsabilidad del ente administrativo, o como se suele llamar la falla personal y la falla del servicio:

a) Que el funcionario actúe en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, y cause daño a través de un acto administrativo; o

b) Que el funcionario actúe en ejercicio de sus funciones y cause daño a través de un hecho de la administración (delito o falta disciplinaria); o

c) Que el funcionario actúe pretextando ejercer sus funciones (fuera del ejercicio de sus funciones, porque no le corresponde la gestión practicada) y cause daño a un administrado a través de un hecho de la administración; o

d) Que el daño haya sido causado no por el actuar de un funcionario en particular, sino por defectos en la prestación del servicio público.

Del primer supuesto podemos concluir que, si el funcionario ha causado daño a un administrado al expedir un acto administrativo:

a) Puede encontrarse en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, y en ambos casos, tanto él como la administración son responsables (numerales 8 y 9 del artículo 98 del C.J.). En este supuesto la responsabilidad de la administración es subsidiaria en razón de que no se puede atribuir directamente a la administración el daño, porque existe un sujeto o una entidad que dictó el acto (el Estado lo representan sus funcionarios), pero el Estado está obligado a responder solidariamente. Debe probarse la ilegalidad del acto, hecho que vincula al funcionario que lo expidió probando su negligencia, para que, tanto éste, como la administración queden indistintamente obligados a indemnizar los daños que se prueben.

b) Si se demanda al funcionario personalmente responsable, puede promoverse la acción ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (art. 98 numeral 8 del C.J.), pero también puede

promoverse esta demanda ante la jurisdicción ordinaria, una vez ha sido declarado nulo el acto por la jurisdicción contenciosa. Por tanto, consideramos que la competencia de la Sala en este caso, no es privativa sino preventiva; y

c) Siempre que en este supuesto se demande a la administración, la competencia corresponderá a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

La ley ha determinado la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a la calidad de la parte demandada, es decir, tiene competencia cuando es una entidad pública la demandada. Pero, como hemos visto, también ha determinado la competencia de la Sala Contencioso Administrativa en los casos de indemnización de daños y perjuicios, atendiendo a la naturaleza del acto que causó el daño, de allí que, si ha sido un acto administrativo la causa del daño, se admita la competencia de la Sala Tercera cuando se demanda al funcionario que personalmente dictó dicho acto administrativo reformado o anulado, tal como lo consagra el supuesto del artículo 98 numeral 8 del C.J.

Por tanto, si la acción de indemnización es contra un servidor público, conoce en Panamá la Sala Tercera de lo

Contencioso Administrativa, pero como hemos visto, sólo si la causa del daño es un acto administrativo; porque si se demanda directamente al funcionario responsable de un hecho negligente o delictivo, por los daños que su actuar ha causado, aunque la actuación dañosa haya sido en ejercicio de funciones públicas, la jurisdicción contencioso administrativa no tendría competencia para conocer de la demanda de indemnización por daños contra ese funcionario, sino sólo la jurisdicción ordinaria, éste es el caso del segundo supuesto que veremos a continuación.

Adicionalmente, queremos señalar que hay una regla o principio en materia de competencia, que dispone que cuando un caso ha sido adscrito a un tribunal en virtud de la calidad especial de la parte y dicha calidad desaparece, la competencia se rige, entonces, por las reglas ordinarias. La competencia que se otorga a la Sala Tercera para conocer de las acciones de indemnización contra los servidores públicos que hayan dictado el acto administrativo declarado nulo o reformado, atiende también a la naturaleza de las funciones de la persona demandada. "Tanto la jurisprudencia del Pleno de la Corte como la de la Sala Penal, coinciden en que cuando se producen circunstancias que hacen variar el criterio que se había utilizado para

adscribirle competencias a un tribunal se deben seguir las reglas ordinarias de competencia para determinar el tribunal que debe conocer el proceso, siempre y cuando la causa no haya concluido definitivamente", por ejemplo, que el funcionario ya no ejerza funciones públicas, la Sala Tercera no tendría competencia para conocer de esta acción en razón del principio expuesto. (Auto de 21 de febrero de 1994, Revista Juris No.4, año 3, pág. 72)(Acusación particular interpuesta por el Licenciado Jerry Wilson Navarro en representación de la señora Carla Migdalis Regno, representante legal de la SOCIEDAD CORPORACIÓN ANADA, S.A. y en contra del Licenciado Rogelio Cruz Rios, Procurador General de la Nación.)

Del segundo supuesto expuesto, podemos afirmar que, si la causa del daño es un hecho de la administración y el funcionario en ejercicio de sus funciones se le ha probado responsabilidad por este hecho, ya sea a través de un proceso disciplinario o penal, la jurisdicción competente para conocer de esta acción, es la ordinaria. En este supuesto, por mandato del artículo 1645 del Código Civil, el Estado también puede verse obligado a responder, porque se trata de la clásica responsabilidad por hecho ajeno, y en virtud de la naturaleza del ente demandado, la

competencia de esta acción correspondería a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. A este supuesto se aplican algunas de las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho ajeno, salvo disposición especial de derecho público.

El tercer supuesto de responsabilidad personal del funcionario que expusimos, aquel en el que el servidor público, fuera del ejercicio de sus funciones, causa daño a un administrado, hecho que configura el tipo penal de extralimitación de funciones o de usurpación de funciones. También en este caso, la acción civil de reclamo contra el funcionario siempre debe interponerse ante la jurisdicción ordinaria y en caso de que se pruebe la comisión de un delito, se podría reclamar la indemnización de daños indistintamente, en la jurisdicción penal o en la civil, siendo de aplicación las normas de la responsabilidad civil derivada del delito. En este supuesto, el Estado no responde subsidiariamente, con fundamento en el artículo 126 del Código Penal.

Finalmente, en el cuarto supuesto sólo responde el Estado y conoce la Sala Contenciosa, porque se ha causado daño en la prestación de uno de los servicios públicos que

éste desempeña y por lo general no hay un responsable específico del daño.

La responsabilidad subsidiaria del Estado, es aquélla en que el Estado responde, aunque se haya probado la responsabilidad personal del funcionario; mientras que la responsabilidad directa es una especie de responsabilidad objetiva, en la cual, por el simple hecho de que se trata de la prestación de un servicio público o porque la administración ha causado daño al administrado y no hay un responsable, debe el Estado indemnizar sin necesidad de que se tenga que probar la responsabilidad de algún funcionario u obtener la declaratoria de ilegalidad de un acto. Es en estos casos, en que el demandante y afectado puede recurrir directamente a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo a probar el daño, el hecho de la administración y la relación de causalidad entre ambos. Y como veremos, toda actividad pública puede considerarse un servicio público.

Por tanto, la tendencia de nuestro sistema en cuanto a la jurisdicción competente por responsabilidad estatal, ha sido la de centralizar el conocimiento de los casos en manos de la Sala de lo Contencioso Administrativo, haciendo cada vez más dudosa la competencia de la jurisdicción

ordinaria para decidir asuntos tocantes a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Para respaldar nuestra opinión mencionamos como ejemplo, algunos precedentes jurisprudenciales.

2. La Jurisprudencia y la competencia de la Sala Contencioso Administrativa.

a) Acción de Indemnización por daños causados por la prestación defectuosa de los servicios públicos.

En auto de 11 de septiembre de 1990, del Primer Tribunal Superior, al resolver la apelación interpuesta por Burisa Enterprise, S.A. contra el Auto No. 452 de 30 de abril de 1990, dictado por el Juéz Cuarto del Primer Circuito Judicial, dentro del proceso de indemnización interpuesto por esta empresa contra el Banco Nacional de Panamá, se señaló lo siguiente: que corresponde a la Sala Tercera de la Corte, atender los procesos de indemnización por parte del Estado proveniente de daños causados por la prestación de un servicio público.

En este proceso la empresa demandante reclamó al Banco Nacional de Panamá la indemnización por los daños y perjuicios supuestamente ocasionados y que ocasionaría en el futuro la medida de cobro, que por jurisdicción coactiva

hizo el Banco, arguyendo que se dio abuso del derecho e incumplimiento de contrato.

En primera instancia el Juez Cuarto de Circuito no admitió dicha demanda por falta de competencia, y el Tribunal Superior confirmó la decisión y señaló además, que dicha demanda era inadmisible, por violentar taxativas prescripciones legales fijadas cuando se pretende incoar una acción de esta índole o naturaleza contra el Estado o institución autónoma o semiautónoma destinadas a prestar un servicio público, porque tales son competencia privativa de la Sala Tercera, pues "los actos del Estado y demás entidades públicas tienen por objeto la prestación de servicios públicos", queriendo indicar que casi todos los actos del Estado y demás entidades públicas tienen por objeto la prestación de servicios públicos, e invocó como sustento de esta última afirmación la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de septiembre de 1980, dentro del proceso promovido por Martín Alonso Concepción contra el I.R.H.E. (R.J. Septiembre de 1980, pág. 28)

El tenor literal de lo expresado por el Primer Tribunal en el Auto de 11 de septiembre de 1990, es el siguiente:

> " la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que los tribunales ordinarios no son

> competentes para conocer de controversias en que se persiga una indemnización por parte del Estado y de sus entidades Autónomas o Semiautónomas, provenientes de daños que se causen mediante la prestación de un servicio público, que tales son de competencia privativa de la Sala Tercera, pues los actos del Estado y demás entidades públicas tienen por objeto la prestación de servicios públicos." (Revista Juris, Año 1, No. 7, pág. 554)

En **Sentencia de 12 de agosto de 1994**, (Consulta de Inconstitucionalidad presentada por la licenciada Elitza A. Cedeño, Magistrada del Primer Tribunal Superior de Justicia, en contra del último párrafo del artículo 200 del Código Judicial, dentro del Proceso Ordinario: Orlando E. González S. en representación de las sociedades Kreport Investment Inc. y Corporación de Inversiones Navales, S.A. vs Juez Segundo del Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá), el Pleno de la Corte señaló los elementos constitutivos de la noción de servicio público, respecto de los cuales existe, según Scolá, "si bien con algunas variantes, acuerdo doctrinal, en cuanto a su determinación", éstos son:

> "1. Continuidad, o sea, que su prestación "en ningún caso debe ser interrumpida";
> 2.Regularidad, porque debe cumplirse "conforme a las reglas, normas y condiciones preestablecidas para ese fin";
> 3.Uniformidad o igualdad, que debe entenderse como "un resultado del principio de igualdad ante la ley";

> 4.Generalidad, que consiste "en el reconocimiento de que todos los habitantes tienen derecho a utilizarlo". Esta característica "es inherente, directamente, al carácter público del servicio"; 5.Obligatoriedad, en razón de la cual quien lo presta debe cumplirlo "respecto de cualquiera que lo requiera" y esto es así porque "si el servicio público no se presta a quien lo necesita, se transgrede la razón de interés público que dio origen a su creación" (SCOLA. Compendio de Derecho Administrativo, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp.439 a 443).
>
> Todos estos elementos, como ya lo hemos expresado, los encontramos en la Administración de Justicia, por lo que podemos considerarla un servicio público.
>
> Por otro lado, quienes rechazan esta posición, como Reyes Monterreal, estiman que la administración de justicia carece de ciertas notas características del servicio público "como la posibilidad de que el servicio público pueda ser gestionado por entidades o particulares ajenos a la función pública o la inexistencia de verdaderas potestades administrativas" (Citado por Guido Santiago TAWILL, La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, Ediciones Biblioteca Jurídica Depalma, Medellín, Colombia, 1989, p.48) A juicio del Pleno estas características no son fundamentales y su carencia no es determinante para no considerar la administración de Justicia como un servicio público, ya que existen otros servicios públicos (como el de Policía) que no pueden ser prestados por particulares." (Revista Juris No. 15, año 3, pág. 112)

En esta sentencia se estableció también, que si el servicio público de administrar justicia se presta de manera defectuosa o deficiente de modo que se cause un

perjuicio o daño a una de las partes del proceso, la responsabilidad será exigible mediante una acción directa ante la Sala de lo Contencioso Administrativo:

> "De lo anterior se desprende la existencia del vicio de inconstitucionalidad a que se refiere la Magistrada consultante, pues, si bien el artículo 200 del Código Judicial reconoce la competencia de la Corte, en estos casos, establece también que la responsabilidad del juez o magistrado, en los casos allí contemplados y que suponen una prestación defectuosa o deficiente de un servicio público, por acción u omisión culposa o negligente, será exigible en proceso separado ante el respectivo superior del funcionario jurisdiccional demandado, cuando el numeral 2 del artículo 203 de la Constitución Nacional otorga competencia a la Corte Suprema de Justicia (Sala Tercera) para conocer de los procesos que tengan lugar por razón de la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos. Con ello se desconoce la competencia privativa que aquella disposición constitucional ha asignado a la Sala Tercera de la Corte sobre esta materia." (Revista Juris No. 15, año 3, pág. 120)

b) Acción de indemnización por daños causados por actos administrativos.

En cuanto a los daños causados a los administrados, que tienen como fuente un acto administrativo responsabilidad a la que se refiere el artículo 98 del Código Judicial, en sus numerales 8 y 9, al regular respectivamente, la acción de indemnización contra el funcionario personalmente responsable del daño, y la acción de indemnización por razón de la responsabilidad

subsidiária (palabra declarada inconstitucional mediante la Sentencia de 19 de enero de 1995) del Estado, podemos mencionar los siguientes precedentes jurisprudenciales.

En **auto de 6 de marzo de 1992**, la Sala Tercera de la Corte confirmó la Resolución de 27 de diciembre de 1990, mediante la cual fue admitida la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma forense Fábrega, López y Barsallo en representación de Alberto Bolivar Conte contra el Ministerio de Hacienda y Tesoro. En esta resolución, la Sala invocó como sustento de la decisión, otro **Auto de 25 de octubre de 1991**, dictado también por la Sala Tercera, al resolver el recurso de apelación dentro de la demanda de plena jurisdicción interpuesta por A.B. Conte, Latinoamericana de Publicidad, S.A. contra la negativa tácita por silencio administrativo del Ministerio de Hacienda y Tesoro, de no resolver una reclamación de indemnización contra el Estado, con base en el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial. En ambos casos la reclamación tenía como base el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial, que regula las indemnizaciones por razón de la responsabilidad subsidiaria del Estado (antes de que la palabra subsidiaria fuera declarada inconstitucional).

La Sala reiteró en el **Auto de 6 de marzo de 1992**, el siguiente criterio: "...que la competencia para decidir si proceden o no las indemnizaciones que debe pagar el Estado, como ente subsidiariamente responsable por los daños y perjuicios causados por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, está atribuida a esta Sala Tercera de la Corte Suprema". (Revista Juris, Año 2, No. 7, pág. 872) En ambos casos, la Corte confirmó la competencia la Sala Tercera de la Corte Suprema, para resolvér las demandas de indemnización contra el Estado, sin hacer mención de que la acción de indemnización del numeral 9 del artículo 98 del Código Judicial, prospera cuando la fuente del daño es un acto administrativo, únicamente tomó en cuenta la naturaleza del ente demandado.

El **15 de octubre de 1992**, la Sala de lo Contencioso Administrativo dictó **sentencia** en la que negó la pretensión de indemnización que comentamos, interpuesta Alberto Bolívar Conte M., y declaró que no era ilegal la negativa tácita, por silencio administrativo del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Cabe observar que en estos casos, la pretensión de indemnización se interpuso primero ante el Ministerio de

Hacienda y Tesoro, por lo que la Sala determinó que, esta entidad no es competente para reconocer indemnización alguna por las reclamaciones que un particular instaure en contra del Estado, y por tal razón no declaró ilegal la negativa tácita por silencio administrativo de dicho Ministerio.

Los actos precontractuales son de carácter administrativo.

En Sentencia de la Sala Civil, la Corte señaló que los actos previos a la formación de un contrato civil del Estado, son de carácter administrativo y los daños que estos causen por vicios precontractuales son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Y que los vicios relativos al propio contrato deben ser atacados por la vía civil.

Se señaló además en dicha Sentencia, que conforme el artículo 665 del Código Judicial, no es procedente la acumulación de pretensiones distintas por su origen y naturaleza, si estas deben ser conocidas por distintas jurisdicciones, y que si en una demanda se establecen pretensiones principales y secundarias, el juez debe guiarse por las primeras para determinar si es competente.(Sentencia Revista Juris No. 4, Año 3, pág. 97)

c) Acción de indemnización civil derivada del delito.

La Responsabilidad Civil Extracontractual puede surgir a causa de un simple acto u omisión culposa, pero también puede surgir como consecuencia de un hecho delictivo, con la diferencia de que el delito siempre implica una falta culposa, pero la falta administrativa no siempre configura un delito.

En uno u otro supuesto puede fundarse el demandante para reclamar su indemnización contra el causante del daño. De allí que, aunque exista delito y un proceso penal, el juez civil no requiere del fallo penal para declarar la responsabilidad civil extracontractual y la correspondiente indemnización, toda vez que en la jurisdicción civil se puede demostrar el hecho culposo o negligente y el derecho a la indemnización.

Así lo manifestó el Primer Tribunal Superior del Primer Circuito Judicial, **en Sentencia de 15 de abril de 1994**, mediante la cual se reformó la sentencia No. 28 de 3 de febrero de 1992, proferida en el proceso ordinario propuesto por Rodrigo González contra Cesáreo Crespo, al señalar lo siguiente: "Sostiene también el demandado que no puede calificársele culpable (Sic) sin la existencia de la sentencia penal. Pero es el caso, que la

responsabilidad que se le atribuye no necesariamente tiene que ser por delito, sino por un simple acto culposo que puede ser probado, como en efecto lo fue en este caso, por los medios probatorios comunes", caso en que se reconoce responsabilidad civil extracontractual por un hecho con connotaciones delictivas sin que exista, previamente, una sentencia penal condenatoria. (Revista Juris No. 7, año 3, pág. 215)

No rige el principio de la prejudicialidad, que obliga a que una determinada jurisdicción dependa de lo fallado en otra, sino que, "la responsabilidad civil no depende en forma exclusiva de la condena penal. Si bien el juez tomará en consideración lo resuelto en la otra jurisdicción, no está obligado a asumir idéntico criterio". (Sentencia de Revista Juris No. 3, año No. 4, pág. 94)

No obstante, no ocurre lo mismo cuando el Estado es el sujeto demandado, porque si se interpone la acción civil derivada de delito contra el Estado, tiene que probarse primero, la comisión del hecho punible por parte del servidor público, y no puede la jurisdicción contenciosa como lo hace la civil, entrar a conocer directamente del actuar culposo o negligente del servidor público, porque primero debe promoverse un proceso disciplinario en la vía

gubernativa, agotándose ésta, para luego recurrir a la Sala Tercera de la Corte a pedir la indemnización de los daños.

Así se dijo en la **Sentencia de 15 de diciembre de 1992**, de la Sala Tercera de la Corte, en demanda presentada por AB. Conte Latinoamericana de Publicidad, S.A. Corporación de Comunicaciones, S.A., Multimida, S.A. Intergroup Publicidad, S.A. y Corporación Istmeña de Desarrollo, S.A. contra el Estado, que para poder exigir al Estado la responsabilidad subsidiaria -(recuérdese que esta palabra fue declarada inconstitucional el 19 de enero de 1995)- por los delitos que cometa un funcionario, se requiere que éste haya sido condenado.(Revista Juris No. 23, año 2, pág. 58)

Por tanto, en el supuesto de que se reclame al Estado la indemnización por daños por responsabilidad civil derivada de delito, acción que conforme a la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte, debe promoverse en la jurisdicción contenciosa, no hay lugar a indemnización si no se trae la prueba del hecho punible; y si se prueba éste, debe probarse además que fue cometido con motivo del desempeño del cargo. Estos son los presupuestos especiales de esta acción subsidiaria que se ejerce contra el Estado.

El Código Penal consagraba en su artículo 128 que, En caso de que la responsabilidad civil se reclamara contra persona distinta de la que realizó el hecho punible o participó en él, la misma se haría efectiva por la vía civil. Esta disposición fue derogada por el artículo 27 de la Ley 31 de 28 de mayo de 1998, "De la Protección a las Víctimas del Delito".

Si bien la norma derogada reconocía la competencia de la Jurisdicción Civil para conocer de las acciones por responsabilidad civil derivada de delito cuando se reclamaba contra persona distinta de la que realizó el hecho punible, casos consagrados en el Código Penal en sus artículos 121 (padres, tutores, curadores y guardadores); 123 (superior jerárquico); 125 (personas naturales o jurídicas dueñas de empresas de transporte terrestre, marítimo o aéreo respecto de sus trabajadores que causen daño con motivo del desempeño de sus cargos; las personas jurídicas cuyos gerentes o administradores resulten responsables de hechos punibles que impliquen la violación de las atribuciones inherentes a su cargo; las personas naturales o jurídicas dueñas de un establecimiento en que su trabajador cometa un hecho punible con motivo del desempeño de su cargo; los que a título lucrativo hayan

participado de los efectos del hecho punible); y el 126 del Código Penal (El Estado, las instituciones públicas autónomas, semiautónomas o descentralizadas y los municipios); la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia determinó, cuando aún la norma estaba vigente, que la jurisdicción competente para conocer de las acciones contra el Estado por responsabilidad civil derivada del delito, y quien puede ordenar el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por funcionarios del Estado es la contencioso administrativa.

El asunto de la jurisdicción competente, fue dilucidado en las Sentencias de 15 de octubre de 1992 y 15 de diciembre del mismo año, mediante las cuales se resolvieron, respectivamente, las demandas interpuestas por Alberto Bolívar Conte y A.B. Conte-Latinoamericana de Publicidad, S.A. y otras contra el Estado.

A pesar de que las pretensiones de ambas demandas fueron negadas, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en un esfuerzo sistematizador, estableció ciertos parámetros jurisprudenciales, en razón de las contradicciones y vacíos jurídicos que encontramos sobre el tema de la acción de responsabilidad contra el Estado.

En ambos casos, el argumento del demandante para incoar su pretensión ante el Ministerio de Hacienda y Tesoro, fue el de considerar que la instrucción sumarial de que fue objeto desde el 22 de septiembre de 1988, se verificó maliciosa y deliberadamente dilatada, y que tales demoras provocaron los perjuicios y daños pecuniarios cuyo resarcimiento reclamó. La Sala Tercera en la Sentencia de 15 de octubre de 1992, señaló lo siguiente:

> "Con lo anterior se pone de manifiesto, que en el caso del señor CONTE éste tenía 2 opciones:
> 1. Denunciar la indebida conducta del funcionario instructor ante su superior jerárquico para que éste, previa comprobación de la falta, procediera a su sanción.
> 2. Si el señor CONTE considera que esta conducta merecía más que una sanción disciplinaria, debía señalarse si, a su juicio, cabría interponer una acusación formal por existir algún grado de responsabilidad penal en esta conducta. De determinarse y comprobarse que efectivamente medió también una acción criminal y dictaminarse así en una sentencia judicial, entonces podía el señor CONTE solicitar la reparación por responsabilidad civil derivada del delito.

La Sala Tercera señaló además, que el fundamento legal para recurrir a la jurisdicción contenciosa como competente en estos casos de responsabilidad civil derivada de delito, lo es el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, por las siguientes razones: "En este caso en particular, nos encontramos ante una reclamación impetrada contra un

funcionario del Ministerio Público, para lo cual existen canales previamente establecidos en normas especiales; las acusaciones adelantadas por el funcionario de instrucción deben ser declaradas previamente un hecho punible, para que a partir de esta declaración se pueda obtener una reparación indemnizatoria ante este Tribunal, a quien le compete conocer de indemnizaciones por prestaciones defectuosas de los servicios públicos, a tenor de lo que dispone el numeral 10 del artículo 98 del Código Judicial."(subrayado es nuestro)(Revista Juris No. 19, año 2, pág. 113)

El servicio público al cual se refiere la jurisprudencia citada, es el de la administración de justicia.

En otro proceso que tuvo por base los mismos hechos, promovido por A.B. Conte Latinoamericana de Publicidad, S.A., Corporación de Comunicaciones, S.A., Multimida, S. A., Intergroup Publicidad, S.A. y Corporación Istmeña de Desarrollo, S.A. contra el Estado, la Sala Tercera, además de citar el procedimiento expuesto en la Sentencia de 15 de octubre de 1992, agregó como otra opción, que se podía interponer la correspondiente demanda civil, porque " la diligencia de allanamiento fue practicada por el Secretario

de la Fiscalía Auxiliar de la República, en funciones de agente especial, con fundamento en los artículos 1644 y 1645." (**Sentencia de 15 de diciembre de 1992**, Revista Juris No.23, año 2, pág.63)

A pesar de que en ambas sentencias, la del 15 de octubre y la del 15 de diciembre de 1992, la Sala Tercera determinó el mismo procedimiento a seguir, no invocó como fundamento jurídico de la acción de indemnización, el numeral 10 del artículo 98, sino el numeral 9 del artículo 98, que consagraba la responsabilidad subsidiaria (palabra declarada inconstitucional en Sentencia de 19 de enero de 1995) del Estado, sin tomar en cuenta que esta acción sólo es aplicable cuando la fuente del daño es un acto administrativo.(Revista Juris No.23, año 2, pág.62)

El aporte jurisprudencial de los fallos citados, sobre el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, es consecuencia de los vacíos y lagunas del ordenamiento jurídico, porque la ley en esta materia no ha caminado al ritmo de los tiempos y los precedentes judiciales han tenido que robarle la vanguardia a la Ley.

A pesar de lo determinado en la jurisprudencia citada, mencionaremos, a continuación, algunos precedentes en que

la jurisdicción ordinaria ha condenado al Estado a pagar indemnización.

3. La Competencia de la Jurisdicción Civil.

La ausencia de sistematización respecto al tema jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado, hace que resulte importantísimo presentar las orientaciones de la jurisdicción ordinaria en este sentido.

Nuestro Código Civil consagra en su artículo 1645, la responsabilidad del Estado por hecho ajeno, disposición que ha llevado a pensar que pueden los Juzgados de Circuito conocer de las demandas de indemnización contra el Estado.

Adicionalmente, hasta hace poco estuvo vigente el artículo 128 del Código Penal, el cual remitía a la jurisdicción civil, aquéllos casos en que se reclamara indemnización por daños y perjuicios "contra persona distinta de la que realizó el hecho punible", tal cual es el caso del Estado. Veamos entonces, algunos precedentes en que se ha reclamado indemnización por daños al Estado y se han ventilado en la jurisdicción ordinaria, llegando incluso a condenar al Estado.

a) Caso Roberto Eric Acosta y otros contra El Estado.

Mediante auto de 7 de febrero de 1997, el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, confirmó el Auto No. 1880 de 8 de julio de 1996, proferido por el Juzgado Quinto del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, mediante el cual se declaró no probado el Incidente de Nulidad por distinta jurisdicción presentado por el Ministerio Público, dentro del proceso ordinario propuesto por Roberto Eric Acosta y otros contra El Estado, por los daños y perjuicios causados con el producto del desalojo y ocupación de las instalaciones donde laboraban en el Diario La Prensa, por parte de los miembros de las Fuerzas de Defensa de Panamá.

Alegó el incidentista en este proceso, que la pretensión del demandante escapaba de la esfera de la jurisdicción civil y la misma pertenecía a la jurisdicción contencioso administrativa, "toda vez que si los actos fueron ejecutados por miembros de la denominada Fuerzas de Defensa, ente que formaba parte de la Administración del Estado, dentro de un aparente marco de arbitrariedad, entonces la vía idónea la constituía la jurisdicción contencioso administrativa." Señaló además que, en nuestro ordenamiento jurídico rige el sistema de cláusula general,

en el cual todo acto de carácter administrativo producido por un ente estatal es susceptible de revisión en la jurisdicción contencioso administrativa.

Ante los argumentos del incidentista, el juez a quo declaró no probado el incidente, fundamentado en el hecho de que lo que se demandaba no era la legalidad o ilegalidad de una orden o resolución emitida por un funcionario público, sino que la reclamación tenía su fundamento en la ausencia de dicha orden, requisito indispensable para actuar en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por nuestra parte, consideramos que no es cierto lo afirmado por el juez de primera instancia, en el sentido de que la causa del daño deba ser un acto administrativo para que la jurisdicción contenciosa sea competente, toda vez que la Sala Contencioso Administrativa, también conoce de acciones en las que se impugnan hechos de la administración, cuando surgen por ejemplo, por causa de la prestación defectuosa de los servicios públicos.

El representante del Ministerio Público apeló del auto que declaró no probado el incidente, y señaló en su escrito de apelación que, el juez a quo violentó la presunción de legalidad de los actos de los servidores públicos, al dar por descontado que la fuente del daño era un hecho ilícito,

no habiendo sido calificado como tal judicialmente. Señaló además el apelante, que si bien el fundamento de la obligación civil reclamada, deriva de un hecho delictuoso, es necesario su previa comprobación judicial, para entonces determinar quienes son los obligados a responder civilmente, y que de demandarse al Estado, la jurisdicción contenciosa es la competente para conocer de dicha demanda, con fundamento en el artículo 126 del Código Penal y el numeral 9 del artículo 98 del Código Judicial, el primero que consagra la responsabilidad subsidiaria del Estado derivada del delito, y el segundo que consagra la acción por responsabilidad subsidiaria del Estado por los actos que la Sala Tercera reforme o anule.

Por su parte, el apoderado de los demandantes, señaló lo siguiente: que los daños y perjuicios reclamados son el producto de la comisión de un hecho ilícito; que de todo hecho punible emana responsabilidad civil la cual no se encuentra subordinada a la acción penal por lo que puede ejercitarse ante la jurisdicción civil; que la presunción de legalidad de los actos de los servidores públicos se refiere a los actos administrativos y no a los hechos punibles; que excepcionalmente se pueden demandar operaciones administrativas ante la jurisdicción

contenciosa, pero siempre y cuando estén vinculados al mal funcionamiento de un servicio público, que no es el caso presente; y que para que la Sala Contenciosa adquiera competencia debe impugnarse un acto administrativo.

Finalmente, el Tribunal Superior confirmó la resolución de primera instancia con fundamento en que, la reclamación de los daños y perjuicios tenía su fundamento en la ausencia de una orden; que ante esta situación correspondía al incidentista acreditar la existencia de la debida orden administrativa para demostrar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa; y que los numerales 8 y 9 del artículo 98 del Código Judicial y el artículo 20ª numeral 13 de la Ley No. 33 de 1946, exigen la existencia de un acto administrativo.

Cabe observar, que el artículo 20 numeral 13 de la Ley No. 33 de 1946, mencionado por el Tribunal Superior, quedó insubsistente por los cambios constitucionales y legales desde noviembre de 1956.

Observamos que hay confusión, en cuanto a la jurisdicción competente, entre otras razones, porque no se aplican los mismos principios de la responsabilidad extracontractual general cuando se ejercita la acción de

indemnización contra el Estado, como por ejemplo, el de la prejudicialidad.

En este caso consideramos que, la violación de la ley por los servidores públicos de la Fuerzas de Defensa, pudo atacarse como una falta administrativa o como un hecho delictivo, y en ambos casos nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho del afectado a exigir al Estado indemnización, siempre que hubiese sido cometido dentro del ejercicio de las funciones del servidor público respectivo. En el primer supuesto, el artículo 1645 del Código Civil reconoce la responsabilidad del Estado pór acciones negligentes de sus funcionarios; y en el segundo supuesto, el artículo 126 del Código Penal consagra la responsabilidad civil del Estado derivada de delito de sus funcionarios.

Otro punto en discusión fue si debía acreditarse previamente la falta administrativa o el delito para poder demandar al Estado ante la Sala Contencioso Administrativa, es decir, si rige la prejudicialidad.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Supremá, caso Conte, el fundamento jurídico de la acción de indemnización para estas situaciones, lo es el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, es decir, que el Estado está obligado a

responder por la prestación defectuosa del servicio público respectivo y bien se podría afirmar que la función de las antiguas Fuerzas de Defensa, hoy Policía Nacional constituye un servicio público. En cuanto a esta afirmación, debemos tener en cuenta que, la acción de indemnización consagrada en el artículo 98 numeral 1.0 del Código Judicial es una acción de reparación directa, en la que no tiene que agotarse la vía gubernativa, sino que se hace responsable directamente al Estado en función de la causa del daño, por lo que nos planteamos nuevamente la interrogante: tiene que probarse previamente en este caso la comisión del delito o de la falta, o basta la prueba del daño y su vinculación al hecho o acto de la administración?.

A nuestro juicio la exigencia puesta por la jurisprudencia, obedece al hecho de que ante la condena pedida contra el Estado, siempre será indispensable conocer cuál ha sido la causa que originó el daño, recordemos que hay una responsabilidad que el Estado no asume, y es aquella en la que el funcionario que causó el daño no se encontraba en ejercicio de sus funciones, o estaba fuera de la gestión que le correspondía. Ante este supuesto, el único responsable será el servidor público correspondiente,

de allí que sea importante la determinación de la naturaleza del hecho o acto que causó el daño y su vinculación con dicho daño. Además, si hay un funcionario personalmente responsable, el Estado puede repetir contra éste.

Consideramos que, el hecho de que se exija la prueba de la falta o delito cometido por el servidor público, no implica que se esté exigiendo el agotamiento de la vía gubernativa, tal como se exige cuando la causa del daño es un acto administrativo, sino que dicha condición sirve como prueba de la prestación defectuosa del servicio público. En materia de prueba, obtenida una condena penal o administrativa, se encuentra también probada la prestación defectuosa del servicio y la responsabilidad del Estado con base en este supuesto.

Ello no significa que no pueda reclamarse o fundarse la reclamación en causas relacionadas directamente con la prestación del servicio público, es decir, que excluyan la responsabilidad específica de un servidor público, y en este caso el Estado responde directamente.

El caso Eric Acosta y otros contra el Estado, terminó recientemente con una sentencia condenatoria del Juzgado

Quinto de Circuito, sentencia que no se nos facilitó por faltar algunas notificaciones a la misma.

De lo expuesto podemos inferir que, respecto a la competencia de las acciones de indemnización contra el Estado, la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria contradice lo afirmado por la de la Corte Suprema de Justicia en el caso Conte, toda vez que se ha condenado al Estado por la prestación defectuosa de un servicio público, sin tener competencia para ello, aprehendiendo la competencia de dicha demanda con el solo argumento de que no se probó que la causa del daño fue un acto administrativo.

b) Caso Oscar Navarro y otros contra el Estado.

En Sentencia de 29 de junio de 1990, del Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, se declaró responsable a la Nación, de los daños y perjuicios ocasionados por los miembros de las antiguas Fuerzas de Defensa a Oscar Navarro y otros, y ordenó que fueran liquidados dichos daños y perjuicios conforme el procedimiento establecido en el artículo 983 del Código Judicial.

La reclamación provino por los daños y perjuicios sufridos por las víctimas en sus propiedades y personas, a

raíz del ataque injusto de las fuerzas militares, el 10 de octubre de 1984, en horas de la madrugada, cuando fueron reprimidos violentamente, en una reunión pacífica en cabildo abierto en el Parque de la Catedral, en que protestaban por el fraude del día 6 de mayo de 1984.

De la valoración de las pruebas del expediente, documentales, testimoniales, hechos notorios y por lo conservadores que fueron los demandantes al cuantificar los daños, el juez a quo determinó que era "fácil presumir, por otras experiencias similares, que los daños se produjeron tal como lo declaran las personas afectadas"; que era inconcebible que los daños proviniesen de las autoridades instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren; que dicho cabildo abierto cumplía los requisitos del artículo 38 de la Constitución Política, por lo que no podía justificarse tan violenta represión; y con este fundamento condenó a la Nación por dichos daños. (fs. 125 del expediente)

La Fiscalía Segunda Superior apeló de esta sentencia, con fundamento en que los demandantes no probaron en autos los daños y perjuicios reclamados, pero el Tribunal Superior de Justicia confirmó el criterio externado por el

juez a quo en la Sentencia emitida el 14 de febrero de 1992.

Luego de esta sentencia, la Fiscalía Segunda interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo, recursos que fueron declarados inadmisibles el 14 de octubre de 1992, por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Consideramos que, la jurisdicción ordinaria no tenía competencia para condenar al Estado por los daños y perjuicios cometidos por miembros de las antiguas Fuerzas de Defensa, en ejercicio de funciones que constituyen un servicio público, sino que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema, le correspondía conocer de este caso a la jurisdicción contencioso administrativa, con fundamento en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial. Sin perder de vista que, para que dicha jurisdicción proceda a la condena del Estado, será de relevante importancia definir previamente, en casos como el que comentamos, las condiciones y la naturaleza de la causa del daño.

c) Alberto Bolivar Conte Magdaleno contra el Estado.

En **Sentencia de 11 de noviembre de 1997**, el Juzgado Séptimo del Circuito de lo Civil, del Primer Circuito Judicial, condenó subsidiariamente y en abstracto al

Estado, a pagar los daños y perjuicios causados (daño emergente y lucro cesante) y los daños morales por los hechos punibles cometidos en perjuicio de Alberto Bolívar Conte Magdaleno, así como por el cierre de AB Conte Latinoamericana de Publicidad, con fundamento en el Auto No. 9 de 26 de marzo de 1990, dictado por el Juzgado Tercero de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, dentro del juicio seguido contra Alberto Bolívar Conte Magdaleno por el supuesto delito contra la Personalidad Interna del Estado; y con fundamento en la Sentencia No. 13 de 31 de marzo de 1992, dictada por el Juzgado Octavo del Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, en el juicio seguido contra Guillermo Wong Guizado por delito contra el patrimonio, mediante la cual se le condenó por el delito de hurto agravado.

El demandante pedía que se declarara responsable subsidiariamente al Estado, por los daños derivados del hecho punible de hurto agravado cometido con motivo del desempeño de su cargo y valiéndose de falsa denuncia, por el entonces servidor público Guillermo Wong Guizado, oficial de Policía (ex Teniente Coronel Jefe del G-2 de las

extintas Fuerzas de Defensa al momento en que ocurrieron los hechos), ante la insolvencia del mencionado señor Wong.

Durante el proceso, el juez a quo decretó la nulidad de lo actuado, por falta de competencia para administrar justicia en esta causa, mediante el Auto No. 25 de 3 de enero de 1997. Ante esta resolución, el actor interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, mediante el Auto fechado el 23 de julio de 1997, que revocó el auto recurrido y ordenó continuara el proceso.

De este modo la jurisdicción ordinaria entró a conocer la demanda de daños y perjuicios del señor Alberto Bolívar Conte, y condenó subsidiariamente al Estado a pagar la indemnización de los daños causados por el delito de hurto agravado e incluso se condenó al Estado al pago de los daños morales.

El fallo comentado contradice abiertamente la jurisprudencia de la Corte en este sentido, que considera toda función del Estado un servicio público, y atribuye la competencia de la acción civil derivada del delito a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Lao Santizo Pérez, en un estudio monográfico de "La Responsabilidad del Estado panameño por actos y hechos

administrativos ilegales", comentando acerca del artículo 13 de la Ley 33 de 1946, el cual quedó insubsistente por los cambios constitucionales y legales desde noviembre de 1956, que consagraba la competencia de la Sala Contenciosa, respecto a las acciones de indemnización en tres numerales que corresponden exactamente a los numerales 8, 9 y 10 del artículo 98 del Código Judicial vigente, afirmaba en cuanto a estas acciones lo siguiente:

> "La responsabilidad extracontractual del Estado y sus entidades públicas autónomas o semi-autónomas se viene reflejando en los procesos ordinarios, regidos por el derecho común y sometidos a la jurisdicción ordinaria, bajo los elementos tradicionales, cuando categóricamente el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley No. 33 de 1946, dispone que: 'La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar, ya se trate de las patrimoniales de los funcionarios o de las principales o subsidiarias del Estado, o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso-administrativo (hoy Sala Tercera de la Corte Suprema).
>
> estas específicas indemnizaciones, poco usuales en algunos casos, parecieran presentarse coexistentes con el ejercicio de las mismas en la jurisdicción ordinaria, habida cuenta que actualmente en la vía civil se instauran reclamos relacionados con la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas (ejemplo: contra el INTEL, IDAAN, IRHE o de la Administración, así como el Ministerio de Obras Públicas, etc.), **sin detenernos a determinar si la indemnización demandada tiene como origen un supuesto ilícito, acto o hecho administrativo,** por razón de las funciones que desempeña en ese evento el agente del cual dimana, netamente

> vinculado al derecho público."(resaltado es nuestro)SANTIZO PEREZ, Lao. (s/año:265-266)

El autor citado se refería al conflicto de competencia existente con la jurisdicción ordinaria o civil, señalando que la competencia dada a la Sala Contenciosa respecto a las acciones de indemnización de los numerales 8, 9 y 10 del artículo 98 del Código Judicial, atiende a la naturaleza del ente demandado y no a la causa u origen del daño.

Considera el autor además, que la dirección o intención de recurrir a los Tribunales ordinarios es inadecuada, y consecuencia de la regulación que existía sobre la materia en el artículo 191 de la Constitución Política de 1941, norma que disponía que la "La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar en caso de que se declare la ilegalidad demandada, corresponderá a la jurisdicción judicial ordinaria", pero que la acción de indemnización consagrada en el artículo 13 numeral 9 de la Ley Contencioso-administrativa, otorgó a la Sala Tercera, que decide la ilegalidad, la competencia para pronunciarse sobre la indemnización demandada, sin sujetar esta indemnización a dos etapas o fases.

Interesante el comentario de Lao Santizo Pérez, quien trata de explicar el por qué de las demandas indemnización

contra el Estado presentadas en la jurisdicción ordinaria, tendencia que en suma ha obedecido a la falta de sistematización y contradicción de las normas jurídicas que regulan esta materia.

D. ¿Cómo hacer la reclamación de indemnización, cuando se está frente a un daño causado por el Estado, o alguna de sus entidades públicas autónomas o semiautónomas o el Municipio?

Responder a esta interrogante implica preguntarnos ¿cuándo se viene directamente a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y cuándo hay que agotar la vía gubernativa?. Por ser la primera pregunta que surge cuando tenemos un caso de responsabilidad del Estado, de su respuesta dependerá en gran parte el resultado del proceso.

Sugerimos seguir, en su orden, los siguientes pasos:

1. Determinar ¿cuál fue la causa del daño?.

La causa del daño puede ser, un acto administrativo, una omisión, un hecho material de la administración o un delito. El hecho material a su vez, puede devenir de la negligencia de algún servidor público o haber sido causado en la prestación defectuosa de un servicio público, donde no se reconoce a un autor específico del daño.

a) Si el daño proviene de un acto administrativo.

Nuestra Ley Contenciosa y el Código Judicial exigen que el acto administrativo sea impugnado y que se declare nulo o se revoque por la Sala Tercera de la Corte, y como se trata de derechos subjetivos violados y se demanda el restablecimiento de un derecho (Art. 42b de la Ley 135 de 1943) debe previamente agotarse la vía gubernativa. Así lo dispone el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, "Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso - administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa...".

La competencia se atribuye en este caso, en razón de la naturaleza del acto que causó el daño, y por ser un acto administrativo, se podrá pedir la indemnización ante la Sala Tercera de la Corte, al funcionario personalmente responsable o al Estado en su lugar, tal como lo dispone expresamente el artículo 98 del Código Judicial, en sus numerales 8 y 9.

En caso de que el afectado obtenga la revocación del acto por parte del ente administrativo que lo emitió, pero aún así se le hubiese causado daño con la actuación de la administración, cómo procedería la reclamación si no hay un acto declarado nulo o revocado por la Sala Tercera?. Acaso

la fuente del daño sería la actuación negligente del servidor público que profirió el acto revocado, la cual tendría que probarse a través de un proceso disciplinario, a fin de probar la culpa o negligencia de dicho funcionario y reclamar indemnización al Estado con fundamento en el artículo 1645 del Código Civil, el cual consagra la responsabilidad del Estado por hecho ajeno. O acaso, no habiendo acto administrativo que impugnar ante la Sala Tercera de la Corte, para el reclamo de alguna indemnización en este caso, procedería presentar una acción con base en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, es decir, por la prestación defectuosa del servicio público, prestación defectuosa probada mediante el acto de revocación. O quizás procedería presentar una demanda contenciosa de plena jurisdicción para el reclamo de la indemnización, toda vez que esta acción sirve para obtener el restablecimiento de los derechos subjetivos violados, ya sean éstos patrimoniales o no patrimoniales.

En las dos primeras soluciones, se puede ejercitar la acción al amparo del artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, sin embargo, la tercera solución es de difícil aceptación en nuestro régimen contencioso, que considera que la demanda de plena jurisdicción pretende siempre la

nulidad de un acto de la administración y no puede pedirse solamente una indemnización. A nuestro juicio, la solución más conveniente es la segunda.

Como vemos, en cada caso hay que analizar y probar los presupuestos de hecho de la norma de responsabilidad que sirve de fundamento a la demanda.

b) Si el daño proviene de un hecho de la administración.

Pueden darse tres situaciones, que el hecho haya sido causado por la culpa o negligencia de un servidos público, "a quien propiamente corresponde la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones", supuesto del artículo 1645 del Código Civil; que el hecho dañoso haya sido causado por un servidor público a quien no le correspondía esa gestión; o que el hecho u omisión implique la prestación defectuosa de un servicio público, supuesto del artículo 98 numeral 10 del Código Judicial.

En los dos primeros casos la conducta del servidor público puede consistir en una falta disciplinaria o tipificar una conducta delictiva, pero con la diferencia de que en el segundo caso el Estado no está obligado a responder subsidiariamente, ya se haya incurrido en falta disciplinaria o delito, con fundamento en los artículos

1645 del Código Civil y 126 del Código Penal, normas que exigen que el funcionario se encuentre dentro del ejercicio de sus funciones o en el desempeño de su cargo. En el tercer caso, no interesa si se trata de una falta disciplinaria, de delito, o de una falla de la administración en donde no hay un sujeto personalmente responsable, sino que probada la prestación defectuosa del servicio hay derecho a la indemnización.

La competencia depende en este supuesto, no de la naturaleza del hecho que causó el daño, sino de la naturaleza del ente demandado, es decir, que si por alguna de estas causas se va demandar al funcionario personalmente responsable, de esta demanda de daños y perjucios, sólo podría conocer la jurisdicción civil; y si se demanda a la administración, siempre será competencia de la Sala Tercera de la Corte.

En ninguno de estos casos se requiere el agotamiento de la vía gubernativa, porque no es un acto administrativo el generador del daño. Sin embargo, para demandar al Estado, hay que probar en la primera situación, la negligencia del servidor público responsable del hecho administrativo, y esto se hace mediante un proceso disciplinario si es una falta o mediante un proceso penal,

si se trata de un delito, a fin de que se pueda invocar el supuesto de responsabilidad por hecho ajeno o responsabilidad subsidiaria del Estado consagrado en el artículo 1645 del Código Civil; o el supuesto de responsabilidad civil derivada del delito, consagrada en el artículo 126 del Código Penal.

En la tercera situación, procede la acción de reparación directa en la que hay que probar que la actividad generadora del daño devino de la prestación de un servicio público, y que el mismo fue prestado no conforme a los deberes de la institución.

2. **En cuanto a la denominación de la demanda.**

No hay un criterio único. Ante la Sala Tercera se han interpuesto demandas de indemnización con los siguientes nombres: Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización, Demanda Contenciosa de Plena Jurisdicción, Demanda Contenciosa Directa, etc.

Nosotros sugerimos denominar esta demanda como: Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización de daños y perjuicios contra el Estado, el funcionario, o la entidad responsable, dependiendo quien sea del demandado.

3. La presentación de la demanda. La estructura de la demanda de indemnización es similar a la de una demanda contencioso-administrativa.

Tal como lo disponen los artículos 654 a 659 del Código Judicial y los artículos 16, 2ª y 56 de la Ley 33 de 1946, toda demanda ante la jurisdicción contencioso - administrativa deberá contener:

> "1. La designación de las partes y de sus representantes.
> 2. Lo que se demanda;
> 3. Los hechos u omisiones fundamentales de la acción;
> 4. La expresión de las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de la violación."

En este punto queremos determinar cuáles son los presupuestos procesales necesarios para lograr la finalidad de una demanda de indemnización, que se identifica a su vez, con la segunda de las dos finalidades de la jurisdicción Contencioso-administrativa, cuales son, mantener por medio de un acto jurisdiccional, el imperio de la legalidad en la Administración y proteger los derechos subjetivos de los particulares vulnerados con la actividad de aquélla.

Si bien la legislación Contencioso-administrativa consagra expresamente sólo los recursos de nulidad y plena jurisdicción, son aplicables a las acciones de

indemnización los presupuestos procesales o requisitos formales que debe cumplir la demanda de plena jurisdicción para ser admitida por el Tribunal es decir, las formalidades, así como también los requisitos que dicen relación con la persona del actor y su capacidad procesal, y con la posibilidad de ejercer el demandante su derecho, y que se exigen a toda demanda que se presente ante la jurisdicción de lo Contencioso-administrativa, en el artículo 28 de la Ley 33 de 1946.

a) La designación de las partes de sus representantes.

Este presupuesto se refiere a las partes que intervienen en el proceso, es decir, la demanda debe indicar tanto la persona que ejerce el recurso, como también aquélla contra quien se promueve.

La parte demandante legitimada para actuar en la acción de indemnización, es el afectado directamente con el daño. Sin embargo, el artículo 1644ª del Código Civil, dispone en su párrafo cuarto lo siguiente: "Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida."

Si bien, no se dice nada en la Ley Contenciosa en cuanto a este punto, consideramos que la norma civil citada es aplicable al caso del Estado, porque en principio todas las reglas de la responsabilidad extracontractual general son aplicables a la responsabilidad extracontractual del Estado, salvo las normas especiales de derecho público en esta materia.

Recordemos cómo evolucionó la responsabilidad administrativa, y que el instituto de la responsabilidad civil está regulada íntegramente en el Código Civil; pero, nó ocurre lo mismo con la responsabilidad del Estado, cuyo régimen vigente carece de esta regulación y encuentra normas dispersas en la ley civil, la contenciosa y la procesal. Por tanto, para la solución de algunas situaciones, aún tiene que recurrirse al Código Civil. Lo mismo ocurre en cuanto al procedimiento contencioso que también tiene una regulación incompleta, con la diferencia de que estos vacíos se llenan por las disposiciones del Código Judicial, por mandato del artículo 36 de la Ley No.33 de 1946.

No obstante la ausencia de una norma que remita a la ley civil para resolver sobre la aplicación de ciertos principios, como el de la responsabilidad solidaria y la transmisión de la acción a los herederos, consideramos que

en estos casos podemos recurrir a las normas del Código Civil, sobretodo porque dicha ley regula la responsabilidad del Estado por hecho ajeno, como una de las clases de, responsabilidad extracontractual, por lo que, sin lugar a dudas se puede dar la aplicación analógica de algunos principios.

En cuanto al demandado, éste puede ser el funcionario responsable, o la entidad que causó el daño, y si el daño ha sido causado en la prestación de un servicio público o con la actuación de una entidad específica, no se puede designar genéricamente. Así lo expresó nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en Auto de 21 de marzo de 1997, en el que se demandó un acto administrativo de la Comisión de Fondo Complementario, pero como parte demandada se señaló en sentido genérico a la Caja de Seguro Social, entidad a la que está adscrita la autoridad que dictó el acto. R.J. (marzo de 1997:403-404)

Un dato interesante revela que, por el año 1961 la regla general en los países en que se establecía una jurisdicción revisora de los actos de la Administración, el Tribunal sólo tenía competencia para rever los actos del Organo Ejecutivo. Mientras que en Panamá, desde ese momento la competencia de la jurisdicción contenciosa

abarcó, como hoy lo hace, los actos, resoluciones, etc., de los funcionarios y autoridades, no sólo, nacionales, sino también las provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas y semiautónomas. La disposición constitucional que consagraba la Jurisdicción Contenciosa, fue interpretada en el sentido de que los actos sujetos a revisión no sólo eran los provenientes de los funcionarios de la administración, sino los de cualquier autoridad pública, en ejercicio de funciones administrativas.

Por tanto, hay que designar y especificar la autoridad demandada, si se trata de un acto administrativo y la entidad responsable, si se trata de la prestación de un servicio público.

En cuanto a los representantes, el del demandante es su apoderado; mientras el de la entidad demandada, será el señor Procurador de la Administración, quien representará los intereses nacionales, municipales, de las entidades autónomas y, en general, de la Administración Pública, si se pretende la indemnización mediante una demanda contenciosa de plena jurisdicción, cual es la misma acción que está regulada en el artículo 98 numeral 9 del Código Judicial.

En cuanto a la acción de indemnización del artículo 98 numeral 8 del Código Judicial, el funcionario público designará su representante particular. Pero si, la acción intentada es la de reparación directa, del artículo 98 numeral 10, no interviene como representante el señor Procurador de la Administración, porque ninguno de los numerales del artículo 348 del Código Judicial así lo contempla, sino el Procurador de la Nación, con fundamento en el artículo 347 numeral 3, el cual dispone entre las atribuciones del Procurador General de la Nación: "3. Promover y sostener los procesos necesarios para la defensa de los bienes e intereses del Estado, observando las instrucciones que sobre el particular reciba del Organo Ejecutivo, y representar al Estado en las demandas que contra él se sigan ante la Corte Suprema de Justicia." (subrayado es nuestro)

Las funciones del Procurador de la Administración o del Procurador de la Nación en estos casos, como representante judicial de la entidad demandada, le atribuyen las facultades de parte en un proceso: contestar la demanda, proponer excepciones, promover incidentes, aducir pruebas, etc.

b) Lo que se demanda.

Este punto guarda relación con el artículo 43° de la Ley No. 135 de 1943, el cual dispone que si con la acción intentada se demanda el restablecimiento de un derecho, "deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya se trate de **indemnizaciones** o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda."

Las pretensiones de la demanda identifican el recurso de que se trata, a fin de verificar los presupuestos que debe cumplir dicha acción. Además de que, las pretensiones de la demanda determinan el fallo del Tribunal, que no podrá en ningún caso ser ultra petita, es decir, rebasar las prestaciones pedidas por el recurrente. Así por ejemplo, si la fuente del daño es un acto administrativo, por el cual se pide la indemnización de ciertos daños, se tendrá que verificar el agotamiento de la vía gubernativa para que la demanda sea procedente, y tendrá que pedirse además, entre una de las pretensiones la nulidad de dicho acto.

Una vez admitida la demanda, la Sala Tercera verificará que la indemnización que se pide corresponde a los daños probados en el expediente, aquí son aplicables

los principios civiles de la prueba material y no abstracta del daño.

Cabe observar que también se puede pedir la indemnización de los daños morales, con fundamento en el artículo 1644ª del Código Civil, el cual preceptúa que: "Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme el artículo 1645 del Código Civil". Para invocar esta se requiere que la responsabilidad del Estado por la negligencia de su servidor público, no se deba a extralimitación de funciones, porque de lo contrario no es aplicable el supuesto previsto en el artículo 1645.

c) Los hechos u omisiones fundamentales de la acción.

Lo importante en cuanto a cada uno de los hechos es que deben estar probados en el expediente, tener una secuencia lógica, que lleve a la prueba de la relación de causalidad.

d) La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación.

En el caso de que se presente acción contra un acto administrativo, correspondería enumerar las normas que ha violado la autoridad que dictó el acto, cuya nulidad se pide. Mientras que tratándose de la acción de reparación directa habría que invocar los deberes que fueron incumplidos por la entidad responsable de la prestación del servicio público, y a través de la cual se causó el daño.

El concepto de la violación está relacionado con los motivos de ilegalidad establecidos en el artículo 16 de la Ley No. 33 de 1946 y que son: infracción literal de los preceptos legales, falta de competencia, quebrantamiento de las formalidades, y, la desviación de poder.

CONCLUSIONES

1. Cuando nos referimos al Estado o la Administración, como responsable civil o extracontractual, queremos significar no sólo a todas las entidades publicas que conforman el Organo Ejecutivo, sino también a las entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas y a los Municipios.
2. Podemos llamar indistintamente, a la responsabilidad cuyo estudio nos ocupa en esta tesis, responsabilidad civil, extracontractual o patrimonial del Estado.
3. Los sistemas generales de la responsabilidad del Estado que expone la doctrina, coinciden con las fases que ha atravesado esta responsabilidad, porque con el transcurso del tiempo, se trascendió del campo del derecho civil, al derecho público; de una responsabilidad del Estado basada en la culpa, a una responsabilidad objetiva, que atiende, por ejemplo, a los daños que causa la defectuosa prestación del servicio público; y de una irresponsabilidad a una responsabilidad.
4. Todas las teorías o fundamentos de la responsabilidad del Estado tratan de explicar, ¿porqué el Estado debe responder por los daños que causa su actividad pública,

si goza de imperio y soberanía, y no tiene la culpa de que sus funcionarios causen daño?.

5. Los elementos de la responsabilidad del Estado son el daño y la relación de causalidad.

6. Del Principio de Legalidad consagrado en la Constitución Política, artículo 18, el cual dispone que los servidores públicos son responsables por la infracción de la Constitución y la Ley, y por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de éstas, en concordancia con el artículo 1645 del Código Civil, podemos deducir el principio del Estado responsable.

7. El artículo 1645 del Código Civil consagra la responsabilidad del Estado **por hecho ajeno**, en la que el Estado está obligado a indemnizar al afectado, cuando el funcionario público a quien corresponde la gestion practicada, causa un daño, dentro del ejercicio de sus funciones, interviniendo culpa o negligencia. No distingue este supuesto si se trata de un acto o un hecho administrativo del servidor público, por lo que incluye ambas situaciones, y establece un **principio general de responsabilidad** por los daños que se causen en el ejercicio de la función pública, en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

8. El artículo 98 numeral 8 del Código Judicial regula la acción de responsabilidad contra el funcionario público. Con esta acción, se puede demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa al servidor público que haya dictado un **acto administrativo ilegal**, es decir, un acto reformado o anulado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por los daños y perjuicios que haya causado dicho acto. Contrario sensu, si se demanda al funcionario personalmente responsable de la ejecución de un hecho administrativo, que ha causado daño, la Sala Contencioso Administrativa no es competente para conocer de la misma, sólo lo es tratándose de actos administrativos reformados o anulados por dicho Tribunal; la jurisdicción ordinaria sería la competente en este segundo ejemplo.

9. Nuestro derecho nacional consagra cuatro clases de responsabilidad del Estado, es decir, que reconoce la responsabilidad del Estado en cuatro supuestos distintos:

   9.1. Se puede pedir indemnización al Estado por los daños y perjuicios causados por los actos administrativos impugnados ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Art. 98 numeral 9 del C.J. y 16 de la Ley No. 33 de 1946).

Responsabilidad directa declarada así mediante Sentencia de 19 de enero de 1995 de la C.S.J.

9.2. Responsabilidad Civil del Estado derivada del delito, la cual es subsidiaria de conformidad con la ley penal (Art. 126 del Código Penal). Se puede demandar subsidiariamente al Estado, por los daños causados por los hechos punibles de los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones.

9.3. La responsabilidad por hecho ajeno que consagra el artículo 1645 del Código Civil, la cual no distingue entre actos o hechos de la administración, y que también es una especie de responsabilidad subsidiaria, porque el responsable personal del daño es el funcionario, pero la ley obliga al Estado a responder por el vínculo que existe con dicho funcionario.

9.4. El artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, consagra la responsabilidad directa del Estado por la prestación defectuosa de los servicios públicos. El Estado está obligado a indemnizar al afectado, cuando el daño ha sido causado por la prestación defectuosa de un servicio público. En este supuesto, como en los anteriores, la

obligación del Estado de indemnizar es sin perjuicio del derecho de repetir contra el funcionario personalmente responsable del daño, si lo hay, y se trata en este caso de una responsabilidad directa del Estado.

10. Entre las responsabilidades mencionadas en los cuatro supuestos que anteceden, nuestro derecho no reconoce la responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva, como sí lo hace el derecho argentino. La doctrina argentina entiende la responsabilidad del Estado como aquella que ha atravesado tres etapas, la de irresponsabilidad, la de responsabilidad subjetiva y la de responsabilidad objetiva. Y esta última etapa responsabiliza extracontractualmente al Estado prescindiendo de que los daños deriven de un comportamiento ilícito, culposo o doloso, pero siempre tomando en cuenta la relación causal a fin de determinarla, es decir, probar la relación entre la conducta imputada al ente público y la producción del daño.

11. La acción contenciosa de plena jurisdicción que consagra nuestra ley de lo contencioso administrativo, es una acción general para reclamar el restablecimiento de cualquier derecho subjetivo violado, por cualesquiera

actuación administrativa, patrimonial o no patrimonial; mientras que las tres acciones consagradas en el artículo 98 del Código Judicial son acciones especiales que se ejercen también ante la jurisdicción contencioso administrativa.

12. Si bien nuestro Código Penal consagra en su artículo 126 la responsabilidad civil del Estado derivada del delito, no puede esta jurisdicción conocer de dicha acción contra el Estado, porque atendiendo a la calidad de la parte demandada, debe conocer la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 203 numeral 2 de la Constitución Política, y 98 del Código Judicial.

13. Cuando se demanda por daños una entidad descentralizada o un Municipio, siempre debe estudiarse su ley respectiva, a fin de determinar si no le rige un sistema especial de responsabilidad, o si hay alguna norma que la exonere de responsabilidad.

14. La acción de indemnización no presupone siempre la impugnación de un acto administrativo, y por ende, tampoco el agotamiento de la vía gubernativa, porque la causa del daño puede ser además de un acto administrativo, una omisión, un hecho material negligente o un delito; y a su vez, la acción de plena

jurisdicción no presupone la pretensión de indemnización, porque con esta acción de carácter general puede pedirse, si se quiere, sólo la nulidad del acto administrativo, y el restablecimiento de un derecho no patrimonial.

15. A través de la acción contenciosa de plena jurisdicción, se puede solicitar la indemnización del daño causado por el Estado por causa de un acto administrativo.

16. La jurisdicción competente en los casos de responsabilidad del Estado, se determina por dos factores, en primer lugar, por la calidad de la parte demandada y en segundo lugar, por la naturaleza de la causa del daño. En el primer caso, siempre que se demanda al Estado por daños y perjuicios, entiéndase la Nación, las entidades descentralizadas o el Municipio, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia privativa por decisión jurisprudencial. Y en el segundo caso, el carácter de la causa del daño, determina que si es un acto administrativo la causa del daño o si se trata de la prestación defectuosa de un servicio público, conoce igualmente la Sala Contencioso Administrativa, pero si la causa del daño es un hecho culposo o delictivo de un servidor público, la acción

subsidiaria contra la administración debe ejercerse ante la jurisdicción civil.

17. Para hacer la reclamación de indemnización contra el Estado, debemos preguntarnos, en primer lugar, cuál es la causa del daño y la naturaleza de esta actuación pública. Así, si es un **acto administrativo** la causa del daño, debemos cumplir con la impugnación de dicho acto y el agotamiento de la vía gubernativa. Si es una **omisión o un hecho** que conlleva negligencia o la conducta configura un delito, se debe obtener la condena disciplinaria o penal del servidor público, según se trate, para que el Estado esté obligado a indemnizar, con fundamento en los artículos 1645 del Código Civil y 126 del Código Penal. Finalmente, si la causa del daño es la **prestación defectuosa de un servicio público,** puede recurrirse directamente a la Sala Contencioso Administrativa, a probar el daño y la relación de causalidad entre, el incumplimiento de los deberes de la entidad pública y el daño causado.

18. La prescripción de la acción de indemnización, cuando la causa del daño ha sido un acto administrativo es de 2 meses, conforme lo establece la Ley No.135 de 1943, modificada por la Ley No. 33 de 1946. Si se reclama indemnización con fundamento en el artículo 1645 del

Código Civil o 126 del Código Penal, el término de prescripción es de un año, porque la causa del daño es el actuar culposo o negligente del artículo 1644 del Código Civil. Y finalmente, si se acciona con fundamento en el artículo 98 numeral 10 del Código Judicial, consideramos que el término de prescripción aplicable, en ausencia de uno específico, es de siete (7) años, de conformidad con el artículo 1701 del Código Civil aplicable a las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción.

RECOMENDACIONES

1. Se sistematice la legislación sobre responsabilidad del Estado, a fin de que sus normas no se encuentren dispersas en varias leyes, sino que se regule integramente la responsabilidad directa y subsidiaria del Estado y la responsabilidad civil derivada del delito.
2. Que la ley determine claramente los términos de prescripción para cada una de estas acciones.
3. Que se reglamente la responsabilidad del servidor público, factor importantísimo, para que el Estado pueda hacer efectivo su derecho de repetición, y para que el servidor público no se aproveche del anonimato para evitar responder por los daños que le atañen.
4. Que el Estado destine un porcentaje de su presupuesto al cumplimiento de esta clase de obligaciones, tal como lo hace el Estado Argentino, donde las indemnizaciones que no se pagan en un presupuesto quedan para el siguiente
5. Que se ejecute por parte de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, los cobros a los funcionarios públicos que son personalmente responsables de daños, a fin de que no constituya una carga para el Estado, la negligencia de sus servidores públicos.

LITERATURA CONSULTADA

OBRAS

ALTAMIRA, J.I. 1973. Responsabilidad del Estado, 1ra. Edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 185 págs.

ATEHORTUA, C.A. 1995. Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal, 1ra. Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, Colombia, 205 págs.

BIELSA, R. 1980. Derecho Administrativo, Sexta edición, 5 (9no): 1-98, Sociedad Anónima Editora e Impresòra, Buenos Aires, Argentina, 733 págs.

ESCOLA, H.J. 1990. Compendio de Derecho Administrativo, 2 (XVII): 1117-1147, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1237 págs.

GOMEZ, E. 1995. La Responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991, 1ra. Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, Colombia, 306 págs.

HOYOS, R. 1984. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 154 págs.

KIONKA, E.J. (Profesor de Derecho de la Southern Illinois University). 1992. Responsabilidad Civil Extracontractual, Serie Nutshell, segunda edición, West Publishing Co., St. Paul Minn., 545 págs.

LOMBARDI, J.E. sin año. Responsabilidad Extracontractual Civil, sin edición, sin editorial, Panamá, 15 págs.

MARIENHOFF M.S. 1992. Tratado de Derecho Administrativo, Quinta edición, 4 (10mo.): 656-772, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 772 págs.

PARRA, W.R. 1994. Manual de Procedimiento Contencioso Administrativo, Ediciones Librería Profesional, Colombia, 425 págs.

SANTIZO, L. Sin año. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en la Legislación Panameña, Editorial Jurídica, Panamá, 38 págs.

REVISTAS Y OTRAS PUBLICACIONES

APARICIO, E.Y. *1995. La Responsabilidad Patrimonial del Estado a la luz de la jurisprudencia reciente, Actualidad Jurídica de la Asociación de Profesionales de la Nueva Generación Jurídica, boletín informativo 2, septiembre - octubre, Panamá, págs 11-12.*

BACCARI, R.J. 1995. Decisión Reciente: Inmunidad Gubernamental -los que pagan impuestos han dejado de estar protegidos de la brutalidad policial- Renk vs Ciudad de Pittsburgh, 641 A. 2d. 289 (Pa. 1994). Revista de Temple 977. 984 págs.

BORTH, S.J. 1983. Responsabilidad Civil Extracontractual de los Municipios por errónea expedición de permisos de construcción, un estudio nacional. Revista de Derecho de Washington 58, julio 1983. 540 págs.

BOWDEN, T. A. Y MORGAN, D.R. 1986. Estudio Exploratorio de los avances del Derecho de Maryland, 1984-85: XI. Responsabilidad Civil Extracontractual. Revista de Derecho de Maryland 45. Primavera 1986. 932 págs.

BYNUM, J. 1984. Comentario de los estudiantes: La excepción de contrato administrativo: una revisión general. Revista de Derecho de Howard 27. 280 págs.

KRAUSE, G.P. 1984. Responsabilidad Civil Extracontractual de los Municipios: el fracaso en proveer una adecuada protección policial. Revista de Derecho de la Universidad de Wisconsin 499. Marzo-abril 1991. 503 págs.

KRENT, H.J. 1991. Preservando la discrecionalidad sin sacrificar desaliento a ciertas conductas: Responsabilidad Civil Extracontractual del Gobierno Federal. Revista de Derecho de la Universidad de California en los Angeles 38. Abril de 1991. 872 págs.

LEVINE, M.S. 1987. Nota: Estados Unidos vs James - Expandiendo el ámbito de la inmunidad soberana frente al

excesivo control federal de las actividades. Revista de Derecho de la Universidad Católica 37. Otoño 1987 223 págs.

MARCUS, J.K. 1989. La excepción de relación especial al deber público en el Derecho del Estado de Washington. Revista de Derecho de Washington 64, abril de 1989. 403 págs.

MURCHISON, K.M. 1986. Derecho de los gobiernos locales. Revista de Derecho de Louisiana 46, enero 1986, 510 págs.

McCLURE, H.P. 1985. Recientes Avances en el Derecho Administrativo: Responsabilidad de las entidades gubernamentales y de sus funcionarios. Revista de Derecho de la Universidad de George Washington 53. Enero 1985. 206 págs.

MC DONALD, S. 1984. Comentario: Inmunidad soberana revisada pero aún no refinado. Revista de Derecho de la Universidad Estatal de Florida 12. Verano 1984. 401 págs.

PEEBLES JR., R. 1991. Artículo: La Responsabilidad Civil Extracontractual en Luisiana: Una respuesta al Profesor Robertson y un llamado para un mayor estudio. Revista de Derecho de Tulane 65. Mayo 1991. 1055 págs.

ROGERS, J.M. 1983. Un reciente vistazo a la discrecionalidad de la administración. Revista de Derecho de Tulane 57. Abril 1983. 826 págs.

STONE, F. Y RINKER JR.A. 1982. Responsabilidad administrativa por inspecciones negligentes. Revista de Derecho de la Universidad de Tulane 57. Diciembre 1982. 328 págs.

TESCH, B.N. 1984. Nota de un caso: Derecho Constitucional -Derecho Civil- Estados- The Wisconsin Statutory Recovery Ceiling on Damage awards against governmental bodies is inapplicable to a damage award under 42 U.S.C. 1983 Thompsón vs Village of Holes Corners, 340 N.W. 2d 704 (Wis 1983). Revista de Derecho de la Universidad de Cincinnati 53. Universidad de Cincinnati 667 págs.

TRAVIS, J. 1982. Nota: Repensando la inmunidad soberana después del caso Bivens. Revista de Derecho de la Universidad de Nueva York 57. Junio 1982. 651 págs.

ULRICH, L.M. 1986. Límites de indemnización para las víctimas por Responsabilidad Extracontractual Municipal: un conflicto de interés público. Revista de Derecho de la Universidad de Wisconsin 155. Enero-febrero 1986. 165 págs.

ZILLMAN, D.N. 1985. Discreción Reguladora: La Corte Suprema reexamina la excepción de la facultad discrecional en relación con la Ley de reclamos por Responsabilidad Civil Extracontractual en contra del Gobierno Federal. Revista de Derecho Militar 110. Otoño 1985. 115 págs.

TEXTOS LEGALES Y JURISPRUEDENCIA

MORENO, J.M. 1993. **Código Judicial de la República de Panamá.** Quinta edición. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Agosto 1993. Panamá. 666 págs.

MORENO, J.M. 1993. **Código Civil de la República de Panamá.** Tercera edición. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Abril 1993. Panamá. 478 págs.

MORENO, J.M. 1991. **Código Penal de la República de Panamá,** séptima edición. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. octubre 1994. Panamá. 133 págs.

Sentencia de 29 de junio de 1990, Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, s. 137, en demanda ordinaria de mayor cuantía promovida por NAVARRO y otros contra la Nación, Panamá.

Sentencia de 14 de febrero de 1992, Primer Tribunal Superior de Justicia, en Apelación promovida por la representación del Ministerio Público contra la Sentencia de 29 de junio de 1990 dictada por el Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Sentencia de 14 de octubre de 1992, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio ordinario

promovido por OSCAR NAVARRO y otros contra LA NACION, el Fiscal Segundo Superior del Primer Distrito Judicial presentó recurso de casación en contra de la sentencia de 14 de febrero de 1992, dictada por el Primer Tribunal Superior.

Sentencia de 15 de diciembre de 1992, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma Fabrega, López y Barsallo en representación de A.B. CONTE-LATINOAMERICANA DE PUBLICIDAD, S.A. INTERGROUP PUBLICIDAD, S.A. y CORPORACION ISTMEÑA DE DESARROLLO, S.A., para que se declare nula, por ilegal la negativa tácita por silencio administrativo del Ministerio de Hacienda y Tesoro, al no resolver una reclamación de indemnización contra el Estado, y para que se haga otras declaraciones, Magistrada Ponente: Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera.

Sentencia de 21 de abril de 1994, Apelación en demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la licenciada Mabel de Stepphun, en representación de la Asociación de Cafetaleros Boqueteños, para que se condene al Banco Nacional de Panamá, directamente y a la Nación subsidiariamente al pago de una indemnización por los daños causados por actos y omisiones que se dieron en el juicio ejecutivo hipotecario por jurisdicción coactiva seguido por el Banco Nacional de Panamá contra la ACAFEB, Magistrada Ponente: Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera.

Sentencia de 12 de agosto de 1994, Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Consulta de Inconstitucionalidad presentada por la licenciada Elitza A. Cedeño, Magistrada del Primer Tribunal Superior de Justicia y en contra del último párrafo del artículo 200 del Código Judicial (Proceso Ordinario: Orlando E. González S. En representación de las sociedades Kreport Investmente Inc. y Corporación de Inversiones Navales, S.A. vs Juez Segundo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá), Ponente: Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera.

Sentencia de 12 de agosto de 1994, Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el licenciado Diógenes A. Arosemena G. En su propio nombre y en contra del artículo 331 del

Código Judicial, Ponente: Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera.

Sentencia apelada de 7 de abril de 1994, Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, Proceso Ordinario interpuesto por Damaris Moreno S. De Madrid contra el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y la Compañía Internacional de Seguros, S.A., Ponente: Eva Cal.

Sentencia de 19 de enero de 1995, Consulta que hace la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo al Pleno de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de los artículos 52, 98 numeral 8 y la palabra subsidiaria del numeral 9 y 200 del Código Judicial, Ponente: Raúl Trujillo Miranda.

Sentencia de 31 de enero de 1995, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Demanda Contencioso Administrativa (indemnización), interpuesta por el licenciado Manuel José Calvo en representación de PARIMEX, S.A. para que se condene a la Autoridad Portuaria y a la nación al pago de B/. 37,693.67 en concepto de indemnización por daños y perjuicios causados, Ponente: Arturo Hoyos.