

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 181 DE 2012 CÁMARA.

por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 90 de la Constitución quedará así:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

La ley podrá establecer los eventos en que la responsabilidad del Estado esté limitada, excluida o condicionada.

Artículo 2°. Este acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

Bogotá, D. C., 8 de octubre de 2012

Doctor

AUGUSTO POSADA

Presidente de la honorable Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Radicación en Secretaría General de la Cámara de Representantes del Proyecto de Acto Legislativo, *por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política.*

Respetado señor Presidente:

En concordancia con el reglamento del Congreso, particularmente con los artículos 139 y 140 de la Ley 5ª de 1992, nos permitimos radicar este Proyecto de Acto Legislativo, *por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política*, en la Secretaría General de la Cámara de Representantes.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Objeto y Contenido del Proyecto de Acto Legislativo

El presente proyecto de acto legislativo tiene por objeto reformar el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia con el fin de que sea posible reglamentar en virtud de la ley las diferentes tipologías del daño cuando estas sean objeto de fijación *arbitrio iuris*, así como sus montos, condiciones y límites para la responsabilidad estatal.

Así mismo, el proyecto busca fortalecer la acción de repetición con el propósito de proporcionarle al Estado herramientas suficientes y adecuadas para detener el desangre de las finanzas públicas debido a la carencia de una apropiada defensa jurídica de sus intereses, y a la rampante corrupción que

se halla enquistada en los diferentes estamentos del mismo, fenómenos que han provocado que este tema se haya convertido en una vena abierta, en detrimento de los recursos públicos, es decir, en perjuicio de los recursos que nos pertenecen a todos.

La propuesta se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo:

Texto vigente en la Constitución, y texto propuesto en el proyecto de acto legislativo

TEXTO CONSTITUCIONAL	TEXTO PROPUESTO EN PROYECTO
<p>¿Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.</p> <p>En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.¿.</p>	<p>Artículo 1°. El artículo 90 de la Constitución quedará así:</p> <p>¿Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.</p> <p>En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.</p> <p>La ley podrá establecer los eventos en que la responsabilidad del Estado esté limitada, excluida o condicionada.¿.</p>

2. Justificación de la iniciativa

Es notoria la necesidad de establecer criterios reguladores que le permitan al Estado colombiano controlar deficiencias institucionales y problemas concretos de la cotidianidad. Se trata de ajustar el artículo 90 a las características propias del Estado Social de Derecho, en el cual el interés general constituye la razón de ser del funcionamiento del Estado y, por lo mismo, de todas sus políticas públicas. En la actualidad, son miles los casos en los cuales, con base en demandas contra el Estado, se obtienen inmensos beneficios individuales, desproporcionados e injustos. Aun en los casos en los cuales el daño producido por el Estado y sus agentes es real y la indemnización debe operar, la manera como vía jurisprudencial se regulan las tipologías de daño y sus montos, resulta en extremo onerosa y perjudicial para las arcas públicas, evidentemente en contra del interés general del Estado, o de la inmensa mayoría del cuerpo ciudadano.

Para solucionar dicha problemática, lo primero que se requiere es modificar el artículo 90 de la Constitución Política, dejándole a la ley la reglamentación de esta problemática. Será entonces el legislador quien regule las tipologías de daño, sus montos, condiciones y limitaciones. Algunos juristas, por ejemplo, estiman prudente establecer como indemnización o reparación a los daños

extrapatrimoniales, el pago de un solo valor que incluya todos los daños no susceptibles de cuantificación en dinero, valga decir, el daño moral, el daño fisiológico, el daño causado a la vida de relación, o al proyecto de vida. De esta forma, consideran, se evitaría la duplicidad de indemnizaciones.

Es claro que con el presente proyecto de acto legislativo se pretenden limitar, con su posterior desarrollo legislativo, las indemnizaciones por la responsabilidad del Estado, evitando así cobros exorbitantes e injustificados, como se ha venido presentando hasta la fecha y, al propio tiempo, fortalecer la institución de la acción de restitución con la que se pondría coto a la corrupción y desidia de los funcionarios públicos que manejan los intereses y los recursos estatales.

Nuestro criterio es defendido por varios tratadistas, tal como lo hace Martín Bermúdez, cuando refiere que las indemnizaciones estatales se deben ajustar a *un concepto* y por lo tanto a *una sola indemnización* el resarcimiento por daños inmateriales. Con ello se evitaría la *duplicidad de indemnizaciones* y se limitaría la tendencia jurisprudencial de reconocer *perjuicios distintos* que obedecen a distintas *facetas* del daño extrapatrimonial (daño a la vida de relación, al proyecto de vida, daño estético, alteración de las condiciones de existencia).

Y es contundente la potestad que tiene el legislador para realizar esto, reafirmada entre otras en la Sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, de la Corte Constitucional, en la que precisó que el legislador:

¿al definir el alcance de la ¿reparación integral¿ puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.¿.

El artículo 90 de la Carta Política, con base en este proyecto de acto legislativo, señalaría un régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, dándole la potestad al legislador para limitarla y, por ende, regímenes subjetivos que abarcan principios de reparación integral no tendrían cabida, debido a que no tendría justificación.

El legislador quedaría habilitado para establecer que como daños de carácter extrapatrimonial, se pague un solo valor que incluya todos los daños no susceptibles de cuantificación en dinero, evitando la duplicidad de las indemnizaciones.

Ya habrá tiempo suficiente para la discusión y debate del proyecto de ley que atienda la reglamentación de esta materia. Pero se esperaría que la indemnización estuviere dirigida hacia las víctimas directas cuando se afectare su integridad física y síquica, y respecto de las indirectas a los eventos de muerte de una persona y de incapacidad total y permanente de la víctima directa. Lo que suprimiría la posibilidad de reclamar daños morales por transmisión o *iure hereditario*.

Con una ley basada en la defensa del Estado Social de Derecho y en el principio rector del Interés General, las personas que tendrían derecho a esta indemnización serían solo: i) la víctima directa del daño; ii) sus padres; iii) sus hijos; iv) su cónyuge o compañera permanente. De este modo se restringe la posibilidad de reclamar daños para los hermanos, abuelos, suegros y otros familiares o amigos de la víctima.

Si observamos lo que ocurre en el derecho laboral privado encontramos que existen límites precisos a las indemnizaciones por casos como el despido sin justa causa, tal como se ha establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue reformado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, en relación con la indemnización de perjuicios causados con la terminación del contrato, lo que eventualmente comprende el lucro cesante (ingresos dejados de percibir por la terminación del contrato) y el daño emergente (perjuicio ocasionado por la terminación del contrato). Para ilustrar lo anterior obsérvese la siguiente tabla:

TABLA DE INDEMNIZACIÓN A CARGO DEL EMPLEADOR POR TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA EN EL DERECHO LABORAL PRIVADO

(Artículo 64 C.S.T. Reformado por la Ley 789 de 2002 artículo 28)

Trabajadores que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes	1. Hasta un (1) año de servicio = 30 días de salario.
	2. Más de un año de servicio = treinta (30) días de salario por el primer año y veinte (20) adicionales por cada año y proporcionalmente por fracción.
Trabajadores con diez (10) o más smmlv	1. Hasta un (1) año de servicio = 20 días de salario
	2. Más de un (1) año = veinte (20) días de salario por el primer año y quince (15) adicionales por cada año y proporcionalmente por fracción de año.
En los contratos a término fijo	El valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato.
En los Contratos por la duración del término de la labor contratada	La indemnización corresponderá al tiempo que falte para la finalización de la obra o labor, sin que en ningún caso sea inferior a 15 días.
Trabajadores con más de (10) años de servicio el 27 de diciembre de 2002, se rigen por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990.	

Si una persona lleva más de diez años trabajando en la compañía con contrato a término indefinido, se seguirá aplicando la tabla vigente.

Si la persona lleva nueve años de servicio, devenga menos de diez salarios mínimos y es despedido sin justa causa, le deben pagar 30 días por el primer año y 20 por los ocho siguientes. En total, 190.

Y si usted lleva nueve años de servicio, devenga más de diez salarios mínimos y es despedido sin justa causa, le deben pagar 30 días por el primer año y 15 por los ocho siguientes. En total, 150.

Como se aprecia claramente, existen límites y tarifas preestablecidas en el derecho laboral privado, diferenciándose así del derecho laboral público, en el cual si un trabajador es declarado insubsistente y presenta una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual se demora en resolver varios años y resulta vencedor del pleito, el Estado tiene la obligación de pagarle la totalidad de los salarios dejados de percibir hasta el momento de su reintegro, por lo que resulta cancelando los salarios de la persona que reemplazó al despedido, así como los de este, causándose un evidente detrimento patrimonial a pesar de lo reglado en la Ley 909 de 2004.

Lo mismo ocurre en las licitaciones de ingeniería que realiza el Estado, cuando el licitante perdedor no está de acuerdo con la adjudicación y decide demandar al Estado por este hecho. En caso de prosperar su demanda, el Estado se ve obligado no solo a cancelar el valor de la obra al adjudicado sino también al perdedor de la licitación que por vía judicial logra el pago de una obra, por concepto de los ingresos que esperaba percibir, que ya fue realizada por otra persona y cuyos costos también habían sido ya pagados. Como quien dice, la obra se paga dos veces: a quien la hizo, y a quien según el fallo judicial, correspondía hacerla.

Por otro lado, tenemos que recordar lo que establece la Ley 1448 de 2011 en relación con la reparación a las víctimas del conflicto armado, como quiera que se ordena al Consejo de Estado que las indemnizaciones que les otorgue deben atenerse a la responsabilidad fiscal y al carácter transicional de las medidas.

Si a las víctimas del conflicto, sujetos en extrema vulnerabilidad, se les imponen límites en las reclamaciones que hagan al Estado, no se entendería que los demás ciudadanos pudieran ¿aprovecharse¿ sin limitación alguna de los recursos menguados del Estado, los cuales pertenecen a todos los colombianos.

Otro aspecto que llama la atención está relacionado con las inversiones extranjeras, toda vez que hay una sobreprotección en la que no existen límites protectores indemnizatorios sino por el contrario se les dan todas las ventajas sobre el Estado, como ocurre en el capítulo de solución de controversias del TLC firmado con EE.UU., así como las estipulaciones contempladas en casos de daños a la propiedad intelectual, que son extremadamente generosas con esos particulares extranjeros (Capítulo titulado ¿Solución de Controversias¿).

3. Defensa Jurídica del Estado colombiano

El Estado Colombiano afronta en la actualidad demandas y controversias judiciales por valor de 792 billones de pesos, una suma que supera tres veces el monto general del presupuesto nacional para la vigencia de 2013, como quiera que este es de 185 billones de pesos. Esas cifras, por sí solas, radiografían la inmensidad del problema que implica el actual sistema de indemnización por los daños extrapatrimoniales causados por el Estado Colombiano. Según datos de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica de la Nación, hay en la actualidad 310 entidades públicas que tienen procesos en su contra. El número total de procesos registrados supera los 220.000, una cifra escandalosa que muestra la tendencia cada vez mayor de demandar al Estado por estimar que no tiene quién le defienda cabalmente.

La realidad que enfrentamos es, pues, más que dramática. A continuación se presentan algunos cuadros suministrados por la recientemente creada, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:

Una tarea complementaria al presente proyecto de acto legislativo, pero fundamental para lograr eficiencia y efectividad frente a esta problemática, que tiene grandes implicaciones fiscales, consiste en fortalecer al máximo la Agencia para la Defensa Jurídica de la Nación, en el entendido de que debe generarse un eficaz entrelazamiento con los niveles departamental y municipal, como quiera que el problema es general, y cubre todo el sector público.

La Agencia para la Defensa Jurídica de la Nación requiere un gran soporte institucional: la figura de la Acción de Repetición. Este mecanismo debe ser revisado y adaptado a las condiciones sociológicas de Colombia, de forma que el Estado pueda repetir contra los funcionarios y servidores públicos que eventualmente fueren responsables de los daños extrapatrimoniales causados. La Ley 678 de 2001, que reglamentó la Acción de Repetición, ha resultado completamente ineficaz para recuperar el desangre presupuestal que significan los pagos por las indemnizaciones a las que son condenadas las instituciones estatales. En tanto esta ley sea ineficaz, solo se generarán más impunidad y mayor corrupción.

Los casos de corrupción que podríamos señalar son múltiples. Periódicamente, la opinión nacional recibe información de los medios de comunicación sobre algunas situaciones escandalosas e indignantes. Baste mencionar apenas tres para entender la dimensión del problema:

El 9 de octubre de 2011, el periódico *El Tiempo* publicó un artículo bajo el título *¿ Sentencias en Cúcuta acosan a Ecopetrol¿*, cuyo subtítulo decía: *¿829 empleados han ganado allí polémicas tutelas que pueden valer 1.3 billones de pesos. Ex abogado de la petrolera y dos juzgados, tras los fallos¿*. Ya en el desarrollo de la noticia, se lee lo siguiente: *¿¿Esa seguidilla de fallos contra Ecopetrol, condenada por violar derechos a la igualdad, el debido proceso, y la no renuncia de la pensión, ascienden a 55 mil millones. Pero, por*

comprometer pensiones futuras, pueden terminar valiendo 1.3 billones. La Procuraduría y Ecopetrol lograron por fortuna que la Corte Constitucional revise y tumbé algunos de los fallos.

Otro titular, también de *El Tiempo*, fechado el 16 de noviembre de 2011, indica: ¿Carrusel de jueces tras millonario de falco en Invías. Yunto seguido señala que la Fiscalía inició capturas de implicados en fallos irregulares que ordenaron el pago de más de \$350.000 millones de pesos en indemnizaciones. Hay 37 jueces implicados y varios particulares. Cabe en este caso la expresión ¿Y si la sal se corrompe?, porque es increíble que parte del poder judicial, ese sector que representa la majestad de la justicia, sea cómplice fundamental de esa estafa al Estado. Estas circunstancias muestran la gravedad del problema.

Con o sin razón, porque los fallos están pendientes, de la ola invernal hay demandas contra el Estado por 4.3 billones de pesos, según publicación de *Portafolio* de fecha 25 de junio de 2012.

Este proyecto de acto legislativo es, en síntesis, el punto de partida para enfrentar integralmente ese problema, a través de la modificación del artículo 90 de la CN, particularmente estableciendo el inciso que difiere a la ley la reglamentación de las tipologías de daño, así como los montos, condiciones y limitaciones, y complementariamente generando una actualización de la Acción de Repetición.

Este proyecto de acto legislativo es, se repite, el punto de inicio para poder controlar ese desenfrenado desangre económico que padece el Estado colombiano en la actualidad como consecuencia de miles de fallos en su contra, y de la débil institución que es hoy por hoy la acción de repetición. En ningún momento, este proyecto de acto legislativo pretende desconocer el derecho a la indemnización por los daños extrapatrimoniales causados, cuando se prueba y resulta evidente la responsabilidad del Estado. No cabe duda: el Estado debe responder. Sencillamente, lo que pretende este proyecto de acto legislativo es una modificación constitucional para que el legislador regule de una manera dinámica, efectiva e integral la forma en que el Estado indemnice y repare a las víctimas por los daños extra patrimoniales que les hubiere causado, estableciendo tipologías de daño, así como montos, condiciones y limitaciones.

4. Constitucionalidad

Se trata de un proyecto de acto legislativo, cuya iniciativa corresponde al Congreso de la República, de manera que formalmente este proyecto es conforme con la Constitución.

Ya sobre el fondo, el proyecto plantea una reforma constitucional puntual, mediante la adición de un inciso al artículo 90 de la Constitución Política colombiana, por lo que, también desde este punto de vista, el proyecto tiene sustento.

Con esta reforma, como quedó dicho, se materializan los principios constitucionales de solidaridad e igualdad, impulsados por el principio rector del Interés General, para que a situaciones similares se les den soluciones de igual categoría.

5. Conclusiones

Con fundamento en las anteriores consideraciones, solicitamos al honorable Congreso de la República dar trámite al presente proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, como una herramienta necesaria para reglamentar las diferentes tipologías del daño, sus montos cuando estas sean objeto de fijación arbitrio iuris, así como condiciones y límites para la responsabilidad estatal.

De los honorables Congresistas,

CÁMARA DE REPRESENTANTES

SECRETARÍA GENERAL

El día 10 del mes de octubre del año 2012 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 181, con su correspondiente exposición de motivos. Por el honorable Representante *Jaime Buenahora* y otros honorables Representantes.

El Secretario General,

Jesús Alfonso Rodríguez Camargo.