

Panamá, 8 de marzo de 2001.

Honorable Legisladora  
**Teresita Yániz de Arias**  
Primera Vicepresidenta de la Asamblea Legislativa.  
E. S. D.

Honorable Legisladora:

Con agrado le damos respuesta a su Consulta Administrativa identificada en nota sin número fechada 24 de enero del 2001, llegada a esta Procuraduría el 25 de enero del 2001. Esta "Consulta" se refiere a las consecuencias jurídicas para la persona o funcionario que por error o negligencia causa perjuicio a terceras personas.

La pregunta si bien no está redactada de manera directa y concreta, se infiere que se quiere saber concretamente cuál es "la responsabilidad civil por los daños causados corresponde a la institución, a pesar de las disposiciones administrativas aplicadas en contra de quien originó los perjuicios".

A pesar de que la consulta no se refiere a un caso concreto, según lo exige la Ley 38 del 2000, en su artículo 6, numeral 1, por lo importante de la temática, emitiré mi opinión jurídica, dejando para los tribunales de justicia el deslinde si se tratara de un caso específico. Es decir, los afectados por la problemática en donde se involucra una potencial responsabilidad extracontractual de la Administración, deberán accionar ante la jurisdicción ordinaria y probar que efectivamente la Administración, por conducta de algún funcionario, le ha causado perjuicios al vulnerar sus derechos.

## **Criterio de la Procuraduría de la Administración.**

De inicio debemos decirle que la materia de la responsabilidad extracontractual de la Administración, más que un resguardo a favor de la Administración Pública es una garantía a favor de los potenciales dañados o perjudicados.

Es una garantía porque así se cumple con la disposición de la Administración, de reparar el daño causado por uno de sus agentes, y la obligación de indemnizar le da certeza a los ciudadanos de que éstos pueden saber, si en el ejercicio de las funciones públicas, si un funcionario le causa perjuicio, el organismo de solvencia por antonomasia es el Estado.

¿Por qué la Administración debe afrontar la responsabilidad de resarcir el daño causado por uno de sus funcionarios?

El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado está regulado por el artículo 1645 del Código Civil, según fue reformado por virtud del artículo 9 de la Ley 18 de 31 de julio de 1992<sup>1</sup>, en donde se señala lo siguiente:

“Artículo 1645. 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.

...”

---

<sup>1</sup> Publicada en la Gaceta Oficial número 22. 094 de 6 de agosto de 1992.

Este segundo párrafo transcrito<sup>2</sup> del artículo 1645 del Código Civil, es de una elocuencia especial. Con esta norma se puede contestar la consulta administrativa presentada, pues, indudablemente, es el Estado representado en la Administración Pública, el que debe salir al frente de los daños causados por sus funcionarios.

Cuando se habla de actuaciones de la Administración, se hace referencia al género, y debe entenderse por tal, todas las gestiones adelantadas por la Administración, con el fin de cumplir la función administrativa. Esas actuaciones, se traducen en actos administrativos, acciones, omisiones u operaciones administrativas.

¿Qué elementos deben cumplirse para que se produzca la indemnización?

Son elementos integrantes de las fallas administrativas del servicio para que se impute responsabilidad a la Administración los siguientes:

- a) Incumplimiento en la prestación del servicio, retardo, irregularidades, ineficacia u omisión en el mismo;
- b) Causar un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídico tutelado; y
- c) Un nexo causal entre la falla o falta de prestación del servicio a que la Administración está obligada y el daño antijurídico.

De faltar alguno de esos elementos anteriores; no habría lugar a indemnización.

Se puede decir que en el orden jurídico vigente, la reparación de los daños como fuente de obligación, exige como elemento esencial el presupuesto de la causalidad, el cual es consustancial a la responsabilidad extracontractual. Del artículo 1645 del Código Civil, se desprende que para que al Estado le sea atribuida la obligación de reparar, se requiere que el daño le sea imputado o causado por la

---

<sup>2</sup> Que en verdad es el cuarto del Artículo 1645 del Código Civil.

acción o la omisión de las autoridades públicas; de tal manera, que si el vínculo causal no se produce o se rompe, bien sea por culpa de la víctima, por actos determinados de por terceros, o por fuerza mayor, el Estado puede ser exonerado de responsabilidad.

Cuando los perjuicios son causados por falta personal del funcionario.

Como muy bien la define Laferriere, citado por Georges Vedel, la falta personal, es aquella "... que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia" (*Derecho administrativo*, Aguilar, sexta edición, pág. 291). En este tipo de acciones no se puede exigir a la Administración que responda directa ni subsidiariamente, pues la persona actúa fuera del cumplimiento de sus deberes como servidor público. A contrario sensu, si el agente público, en labores propias del servicio o vinculadas con éste, causa daños, debe responder él mismo y/o la Administración Pública.

Un elemento importante para determinar si se trata de una falta personal, es saber si el funcionario actúa durante el horario regular de las funciones públicas. De producirse fuera de la hora laborable o ..sin la autorización justificativa, la responsabilidad exclusiva es del funcionario.

Como dice Laferriere en sus conclusiones sobre el fallo Laumonier Carriol. "La falla personal, es separable de la función y no compromete la responsabilidad estatal, pues revela al hombre, al sujeto como civil".

En otras palabras para que sea un acto personal requiere que:

- a) El obrar sea exclusivamente en su vida privada o por lo menos al margen del ejercicio propiamente dicho de sus funciones;
- b) Aun cuando se actúe en ejercicio de aquella, el móvil del mismo haya sido dañoso;

- c) El acto, también ejercido dentro de la órbita del servicio, muestre una irregularidad burda, flagrante, como sería una vía de hecho o un ilícito penal.

Estas notas no son absolutas, pues, en ciertas circunstancias, puede constituir faltas del propio servicio público. Dependerá de que las pruebas demuestren que todo se debió a un motivo privado, entre el agente público y el tercero dañado; por fuera del horario de trabajo de aquel y sin ninguna vinculación con el servicio público que cumplía. Decimos esto, ya que si la falta personal ha sido cometida en el servicio o con ocasión de él, si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos por el servidor (el servicio público) a disposición del funcionario culpable, si la víctima ha sido puesta en presencia del funcionario culpable por efecto del ejercicio del servicio, si, en una palabra, el servicio ha condicionado la ejecución de la falta o la producción de sus consecuencias dañinas respecto de un individuo determinado, se podrá y deberá decir: La falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta. Y en consecuencia, es responsable tanto el funcionario culpable como la Administración Pública.

#### Postulados generales de la responsabilidad por faltas de la Administración.

La responsabilidad de la Administración, conforme a la tesis de las "fallas del servicio", descrita en el artículo 1645 del Código Civil, está caracterizada en lo general, en los términos siguientes:

- a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la "falla del servicio" o culpa de la Administración<sup>3</sup>. Desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado como oficial; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

---

<sup>3</sup> En los propios términos del Código Civil, la responsabilidad se origina "cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada..."

- b) Se presume la culpa de la persona jurídica: Administración Pública, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;
- c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño causado;
- d) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito), hecho de un tercero o culpa de la víctima;
- e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquella;
- f) La acción indemnizatoria contra la administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa, y la acción contra el agente determinado, si lo hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil.

#### La obligación de repetir en contra del funcionario.

Para el caso de que prospere la demanda contra la entidad o contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió no sólo su responsabilidad, sino la del ente público al cual estaba adscrito y se considere que tal servidor debe responder, la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

En las condiciones anteriormente relacionadas se concluye que la acción de repetición deriva del artículo 1646 del Código Civil, en concordancia con el artículo 98 del Código Judicial, respecto de las competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En otros términos, en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste. Es decir que en el artículo 1646, se consagra la responsabilidad del Estado, cuando haya sido condenado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico, en la vía contencioso administrativa; de proceder a aplicar la acción de repetición, en contra del funcionario que produjo el daño.

Si la Administración no cumple con esta obligación de repetir en contra del funcionario que produjo el daño, estaría incumpliendo igualmente con su responsabilidad de velar por el buen recaudo de los bienes de todos. Esto significaría tanto como actuar negligente e irresponsablemente, pues al no cumplir con la obligación que le corresponde al funcionario de presentar la acción de repetición, configura su culpa grave. Esta culpa, definida por el artículo 63 del Código Civil que siguiendo al derecho romano la asimila al dolo, es aquella que consiste "en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios".

Claro Solar, acerca de ella señala que "esta culpa se opone a la buena fe y en materias civiles equivale al dolo, es decir, que contiene en sí una presunción de fraude porque aquel que no hace lo que sabe que debe hacer se reputa que obra con intención dolosa "*Magna culpa dolus est*" (*Lecciones de derecho civil chileno*, T. I., pág. 150).

En este orden de ideas, los profesores españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, expresan:

"La administración, que está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirige contra ella, no lo está en cambio, a soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago en cuanto que este procede de un hecho que tiene un autor

personalmente responsable, contra el que la ley la faculta para actuar en vía de regreso y exigirle de forma unilateral y ejecutoria sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada...”.

Y es que resulta carente de toda lógica jurídica y de razonabilidad constitucional y legal dejar de accionar en contra de una persona que haya lesionado el patrimonio público, siendo la propia administración la directamente obligada de cuidar de los bienes públicos. Es un contra sentido el hecho de no repetir en contra del que descuidó su servicio público y produjo daños a terceros.

¿Puede el Ministerio Público repetir en contra del funcionario culpable?

Al momento de definir una responsabilidad de carácter patrimonial, como es el propósito último de la acción de repetición, parece obligado afirmar que es la propia Institución declarada responsable de los daños antijurídicos la que debe repetir en contra del que por dolo o culpa grave produjo el daño. Sin embargo, también el Ministerio Público en atención a los intereses de la sociedad que le corresponde defender, entre los cuales se encuentra vigilar el cumplimiento de la Constitución (art. 217, numerales 1, 2, 3, 4 y 5 Constitución Política), está facultado para promover dicha acción.

Por ello, debe concluirse que en vista del interés general que por mandato constitucional defiende el Ministerio Público, así como por la finalidad de la acción de repetición la cual ostenta un rango legal (el artículo 1646 del Código Civil), no *debe* el Ministerio Público por sí solo desistir de dicha acción, y deberá intentarlo en forma directa contra el funcionario.

### **Conclusión.**

La ley, ciertamente, es la semilla, pero, aun en el caso de que la semilla sea de la mejor calidad posible, sólo puede germinar y producir

plantas lozanas en un clima apropiado y en un terreno previamente abonado. Es decir, aunque la ley imponga a la Administración la obligación de indemnizar a las personas que han sido afectadas por actos dañosos de los funcionarios, le corresponde a aquel, repetir contra los funcionarios causantes del perjuicio.

En cuanto a lo consultado, le contesto afirmando que, si un funcionario causa daños a terceras personas, independientemente de que sea sancionado por la Administración, ésta debe y tiene que indemnizar, luego del respectivo proceso contencioso administrativo. En igual medida, la institución debe repetir en contra del funcionario responsable.

Ahora bien, si la institución no procede a la respectiva acción de recuperación de los dineros indemnizados al tercero, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, deben cubrir esta omisión y proceder a presentar dicha acción ante los tribunales ordinarios respectivos. O en el caso de la Contraloría a la instrucción de sumarios de responsabilidad patrimonial.

Con la pretensión de haber colaborado con usted, me suscribo, atentamente,

Original }  
Firmado } **Licda. Alma Montenegro de Fletcher**  
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.