

PÚBLICA RESERVADA



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
DIRECCIÓN DE ASUNTOS DISCIPLINARIOS Y ADMINISTRATIVOS DEL EJÉRCITO



Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Bogotá D. C, 13 de julio de 2020

CIRCULAR

Señores

SEGUNDO COMANDANTE DEL EJÉRCITO - INSPECTOR GENERAL DEL EJÉRCITO –
COMANDANTE COMANDO ESTRATÉGICO DE TRANSFORMACIÓN DEL EJÉRCITO DEL
FUTURO – JEFES DE ESTADO MAYOR COMANDO EJÉRCITO – JEFES DE
DEPARTAMENTO – COMANDANTES COMANDOS FUNCIONALES Y DE APOYO DE
COMBATE – DEPENDENCIAS DEL ESTADO MAYOR – COMANDANTES UNIDADES
OPERATIVAS MAYORES, MENORES – COMANDOS OPERATIVOS – FUERZAS DE
TAREA Y UNIDADES TÁCTICAS.

Asunto: De los elementos de la responsabilidad administrativa en la Ley 1476/2011

Considerando las dificultades que se han hecho notorias en los procesos administrativos en relación con los elementos de la responsabilidad contenidos en la Ley 1476 del 19 de julio de 2011, *"Por la cual se expide el Régimen de Responsabilidad Administrativa por Pérdida o Daño de Bienes de Propiedad o al Servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública"*, es preciso que el tema en cuestión, sea segregado y profundizado a través del presente documento en vista de su relevancia:

I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD

Antes de ahondar la temática sobre los elementos de la responsabilidad a luz del régimen de responsabilidad por pérdida o daño de bienes pertenecientes al Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Pública y sus entidades adscritas o vinculadas, resulta necesario estudiar la teoría de la responsabilidad, acudiendo a los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales.



2020 AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA PROFESIONALIZACIÓN MILITAR
Y COHESIÓN DE LA FUERZA

Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2º
Teléfono: 4261498 Ext. 38013
Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co



PÚBLICA RESERVADA



Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Al respecto, la Constitución Política de Colombia en sus artículos 6°, 26°, 90°, 123°, 124° y 211° inserta la teoría de la responsabilidad del Estado y en particular aquella que le asiste a los servidores públicos, para tal efecto en el artículo 6° señala que: “(...) Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” (Subrayado fuera de texto)

Es por ello que el Constituyente de 1991 obliga a las autoridades a inspeccionar y vigilar el ejercicio de los profesionales, máxime las labores desempeñadas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, estableciendo debidos controles¹ en pro de garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública contenidos en artículo 209². Fortaleciendo esta premisa la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 1522 del 04 de agosto de 2003, se refirió a la responsabilidad del servidor público en los siguientes términos:

“(...) Los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones –artículo 6° de la Constitución Política-, mecanismo de control destinado a evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren. El desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria. (...)” (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas el artículo 90° de la Constitución precisa el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado, como consecuencia de los daños antijurídicos que le sean imputables, siendo el caso que de ser condenado el Estado y se demuestre que fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, deberá

¹ Artículo 26° Constitución Política. “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos.

La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

² Artículo 209° Constitución Política. “(...) La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)”



Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMA! Piso 2°
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

repetir contra este funcionario³.

Bajo esa premisa, el artículo constitucional 124° establece que será la ley la llamada a determinar los tipos de responsabilidad que le asiste a los servidores públicos y las formas para hacerlas efectivas, para lo cual la legislación ha regulado la acción penal, civil, fiscal y disciplinaria en contra de aquellos funcionarios que en el ejercicio de sus funciones quebranten y pongan en peligro los principios de la función pública.

En el ámbito del régimen disciplinario general de los servidores públicos la Ley 734 de 2002 impone como deber "(...) 21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados (...)", así como también le impone la responsabilidad en la "(...) conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización (...)"⁴.

En materia de salvaguarda de los bienes públicos en la órbita de la responsabilidad fiscal, es menester citar la Ley 610 de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"; normatividad de gran importancia porque permite distinguir con claridad cuál es la competencia de la Contraloría General de la Nación, en qué consiste la gestión fiscal y quiénes la ejercen, para diferenciarla de otras actividades que no conllevan dicha gestión, pero que pueden ocasionar daños o pérdidas, generando detrimento al patrimonio. Es por ello que en fallo proferido por la Sala Contencioso Administrativo- Sección Primera del Consejo de Estado del 9 de diciembre de 2010, se pronunció sobre el daño patrimonial así:

"(...) El concepto de daño patrimonial al Estado, susceptible de generar responsabilidad fiscal fue definido por el artículo 6 de la ley 610/00 como "la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido

³ Artículo 90° Constitución Política. "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, aquél deberá repetir contra éste".

⁴ Artículo 34° Ley 734 de 2002 Deberes "Son deberes de todo servidor público:

(...) 21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

(...) 22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización. (...)"



Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMA! Piso 2°
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna. (Subrayado fuera de texto)

Por lo expuesto, ha de entenderse que la competencia para conocer la acción de responsabilidad fiscal recae en la Contraloría General de la República en cumplimiento al artículo 267° de la Constitución Política de Colombia; sobre la materia el alto tribunal constitucional agregó que "(...) cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente".⁵

Ahora bien en lo que corresponde a la salvaguarda y protección de los bienes del sector defensa, se expidió la Ley 1476 de 2011 que como bien lo indica el artículo 12°⁶ su competencia se activa en aquellos casos donde sus destinatarios den lugar a la pérdida, o daños de bienes de propiedad o que estén al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública. Como se observa, la responsabilidad que aquí se refiere no se comporta en el ámbito de gestión fiscal, razón por la cual, el legislador en el sector defensa, expide un régimen específico que tiene como propósito resarcir el daño causado a la administración, pues de no contar con una acción administrativa se debería acudir a la acción penal o la acción contenciosa de reparación directa para obtener el resarcimiento del patrimonio estatal.

II. DE LA RESPONSABILIDAD Y LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA LEY 1476 DE 2011

La Ley 1476 del 19 de julio de 2011, "Por la cual se expide el régimen de responsabilidad administrativa por pérdida o daño de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de

⁵ Ibidem

⁶ Artículo 12° Ley 1476/2011. Ámbito de aplicación. "Las disposiciones contenidas en la presente ley se aplicarán a sus destinatarios cuando den lugar a la pérdida o daño de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa o sus entidades adscritas o vinculadas o fuerza pública"



Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2°
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Defensa Nacional, sus entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública", establece en su artículo 14^o, los aspectos generales de la responsabilidad administrativa consagrando que este tipo de responsabilidad persigue el resarcimiento del daño causado, debiendo el destinatario de la ley reponerlo en dinero o en especie, para lo cual, la normatividad en comento, señala que cuando los bienes se encuentren bajo su custodia o cuidado y se genere una lesión al patrimonio del Estado, está obligado a pagar en dinero descontable del salario devengado de quien se encuentre vinculado o activo a la entidad, o mediante pago por consignación a la cuenta que el encargado del cobro persuasivo o coactivo determine, o con la entrega de un bien de similares o superiores características al que presentó la novedad, para reponer el elemento perdido o dañado, previo dictamen pericial; sin que dicha reposición pueda autorizarse para armas, repuestos, accesorios, municiones, explosivos y todos aquellos bienes que se encuentren fuera del comercio, tal como lo dispone el artículo 32^o de la ley referida.

Por su parte el artículo 15^o de la mencionada ley, trata de la responsabilidad por orden contraria a derecho en los siguientes términos: *"Los daños o pérdidas que resulten de orden contraria a derecho, acarrearán igual responsabilidad administrativa para quien la impartió"*; frente a este asunto, es importante tener en cuenta que quien imparte una orden contraria a derecho, tiene las mismas responsabilidades de quien ejerce la actividad delegataria de una función, en ese orden la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2002 con ocasión del estudio de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos estableció los siguientes escenarios:

"(...) 1) El acto de delegación constituye, de manera inmediata una barrera de protección o de inmunidad al delegante y, en concordancia con la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, toda responsabilidad corresponde exclusivamente al delegatario, y 2) El delegante junto con el delegatario, responden siempre por las decisiones que este último tome en ejercicio de la delegación (...)"

En esa dirección la Corte considera que estas alternativas constituyen dos extremos incompatibles con los principios referentes a la responsabilidad del servidor público en general y del delegante en especial, por lo que no puede darse al artículo 211^o de la

⁷ Artículo 14^o Ley 1476/2011 Individualización de la responsabilidad. "Los destinatarios responden en dinero o en especie."

Cuando la responsabilidad sea en especie, se establecerá con base en los términos consagrados en el artículo 32 de la presente codificación, por la pérdida o daño que causen a los bienes, se encuentren o no bajo su custodia" (Subrayado fuera de texto).



Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMA! Piso 2^o
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Constitución una lectura aislada y meramente literal para considerar que la delegación protege o aparta total y automáticamente a la autoridad delegante de todo tipo de responsabilidad en relación con el ejercicio indebido o irregular de la delegación, pues con esta interpretación se dejarían de lado los principios de unidad administrativa y de titularidad de los empleos públicos, como fundamento de la competencia de las autoridades públicas. La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para ser utilizado con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como los de moralidad, eficacia, igualdad o imparcialidad, tal como lo prescribe la carta magna en su artículo 209°.

Esta precisión, se fundamenta en lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 2002, veamos:

"Lo que la Constitución consagra es la responsabilidad que se deriva del ejercicio del cargo, sea ella por omisión o extralimitación de sus funciones. Entonces, desde la distinción de las formas de actuación de los tres partícipes en la delegación, el principio de responsabilidad indica que cada uno de ellos responde por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás. No puede exigirse, por lo tanto, que la autoridad que autoriza la delegación responda por las actuaciones del delegante o del delegatario. Tampoco que el delegante responda por las decisiones del delegatario, aunque ello tampoco signifique que el delegante no responda por lo que a él, como titular de la competencia delegada, corresponde en relación con la delegación, pues la delegación no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada (...)" (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, es dable afirmar que la delegación crea un vínculo permanente y activo entre el delegante y el delegatario, reflejándose en la emisión de instrucciones, políticas, orientaciones generales, con el propósito que la delegación se cumpla bajo los preceptos legales, debiendo el delegante supervisar de alguna manera las decisiones que tome del delegatario, pues en el evento de avizorar irregularidades está llamado a revocar el acto administrativo de delegación⁸.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-372/2002 MP Jaime Córdoba Triviño "Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación, las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fijadas".



Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Entonces, bajo esa teoría la delegación puede reflejarse en impartir una orden, pero ésta orden en todos los casos debe ajustarse a los preceptos legales permitidos, pues en el evento que ésta se aparte de aquellos y sea totalmente contraria a derecho, ese delegante es llamado a responder administrativamente también, a pesar de no haber desplegado de manera directa la conducta que dio lugar a la pérdida o el daño de los bienes, pues como bien lo ha ratificado la Corte Constitucional la figura de delegación no exime de responsabilidad y mucho menos cuando las instrucciones, políticas y lineamientos dados al delegatario se apartan de la lógica del derecho, jurídica y legal; Es por ello que la Ley 1476 de 2011, llama a ese destinatario a responder.

Continuando con este análisis, tenemos que el artículo 16^º de la Ley 1476 de 2011, consagra como elementos de la responsabilidad administrativa, los siguientes así:

- A. Una conducta desplegada por el destinatario de la presente ley que crea un riesgo jurídicamente desaprobado o pone en peligro los bienes protegidos en la presente ley.
- B. Un daño antijurídico o pérdida producidos a los mismos.
- C. La concreción de dicho riesgo o puesta en peligro en un resultado.

Para comprender la temática, se estudiará cada uno de los elementos, tal como se describen a continuación:

- A. Una conducta desplegada por el destinatario de la presente ley que crea un riesgo jurídicamente desaprobado o pone en peligro los bienes protegidos en la Ley 1476 de 2011**

Quien crea un riesgo jurídicamente desaprobado o pone en peligro los bienes protegidos por el régimen de responsabilidad administrativa por pérdida o daños de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública, es administrativamente responsable de

* Artículo 16* Elementos de la responsabilidad administrativa. "La responsabilidad administrativa se estructura cuando se configuran concomitantemente los siguientes elementos

1. Una conducta desplegada por el destinatario de la presente ley que crea un riesgo jurídicamente desaprobado o pone en peligro los bienes protegidos en la presente ley.
2. Un daño antijurídico o pérdida producidos a los mismos.
3. La concreción de dicho riesgo o puesta en peligro en un resultado.

PARÁGRAFO. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer la responsabilidad administrativa será el de culpa leve.*



2020 AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA PROFESIONALIZACIÓN MILITAR
Y COHESIÓN DE LA FUERZA

Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2º
Teléfono: 4261496 Ext. 38013
Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

resarcir económica o materialmente a la entidad a la cual pertenece el bien, no obstante, también puede ser responsable en el evento de no estar bajo su custodia, cuidado o administración los bienes, pero su actuar riesgoso y/o peligroso, puede relacionar o generar un vínculo de causalidad de responsabilidad administrativa.

Ahora bien, resulta necesario definir a qué se refiere la expresión "un riesgo es jurídicamente desaprobado", al respecto se puede afirmar que corresponde a la afectación de derechos y éstos son indudablemente los concernientes al correcto y buen manejo de los bienes de propiedad o al servicio de las entidades protegidas por la presente ley.

Un primer elemento definitorio de lo que es la teoría objeto de nuestro estudio, lleva a presentar lo que se conoce como riesgo jurídicamente desaprobado, que tiene su límite en el riesgo permitido. En ese orden, el riesgo desaprobado corresponde a "*(...) todos aquellos riesgos que provienen de conductas desarrollados por fuera de los límites del riesgo permitido (...)*"¹⁰. Así las cosas, el riesgo que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad peligrosa admitida, recibe la denominación de riesgo permitido. Luego entonces, aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se consideran un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares. Contrario sensu, serán desaprobadas todas las conductas que excedan el riesgo permitido, cobijando las actividades que han sido realizadas a pesar de ser socialmente prohibidas, y también las que siendo toleradas y aceptadas por la sociedad han sido ejecutadas, sin la observancia de las normas de cuidado, previamente establecidas para la minimización del riesgo.

Al respecto se trae por ejemplo, aquel soldado profesional que en el ejercicio de la función de escolta, se le asigna un vehículo automotor y en cumplimiento de una tarea, que implicaba realizar un pago en una entidad financiera, deja el vehículo parqueado en la calle y éste es hurtado. En esta situación, se avizora con claridad la aplicación de la teoría en el entendido, que el destinatario a pesar de realizar una actividad permitida, la lógica de cuidado de los bienes, infería el deber de haberlo

¹⁰ Reyes Alvarado, Yesid, El prólogo de su obra imputación objetiva, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1994, cit. ps 106.





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

guardado en un parqueadero público y no haberlo dejado a la merced de cualquier transeúnte y peligro de la calle. En ese sentido a este destinatario de la Ley 1476 de 2011, le exhortaba en calidad de garante minimizar en lo posible el detrimento al Estado.

Para la establecer si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado lo importante no es entonces lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino aquello que debió haber hecho para impedirlo, con lo cual se abandona un criterio eminentemente subjetivo como el del hombre prudente para adoptar uno claramente objetivo, fundamentado sobre la existencia de una posición de garante derivada de las expectativas de comportamiento social (deber de actuación).

Desde este punto de vista, la valoración de un riesgo como permitido o prohibido presupone la confrontación de la conducta efectivamente desarrollada con una conducta hipotética que es la que debería haberse desarrollado; solo en este sentido es válido afirmar que las reglas de conducta social indicadoras de la forma como el individuo debe conducirse constituyen una hipótesis que sirve de auxiliar metódico para la valoración del riesgo.

Así las cosas, es prudente estudiar la posición de garante en el ámbito jurídico y su importancia de valoración en la teoría de responsabilidad administrativa, esta figura exige la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico lo que motivará el juicio de imputación. La Corte Constitucional en sentencia C-1184 del 03 de diciembre de 2008, definió la posición de garante como aquella "(...) situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. (...)" (Subrayado fuera de texto)



2020 AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA PROFESIONALIZACIÓN MILITAR
Y COHESIÓN DE LA FUERZA

Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2º
Teléfono: 4261496 Ext. 38013
Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Como interpretación a lo dicho por la Corte Constitucional, se puede traer como ejemplos los que a continuación se relacionan: "(...) Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta más de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión¹¹".

De lo expuesto se concluye que "(...) Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella"¹²

B. Un daño antijurídico o pérdida producidos a los bienes

Frente a este elemento, lo primero a indicar es que dentro de la estructura de la responsabilidad, el daño antijurídico es de gran importancia, sobre su definición se puede afirmar que si bien no se encuentra en la Constitución ni en la ley, la Corte

¹¹ Cfr. Javier Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot Berlin 1999, Pags. 51 y ss Kurt Seelmann, *Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, Reihe, Alternativkommentare, Luchterhand, Neuwied, 1990, Pag.389.

¹² Corte Constitucional Sentencia SU-1184 de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett



2020 AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA PROFESIONALIZACIÓN MILITAR Y COHESIÓN DE LA FUERZA

Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2º
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Constitucional se ha remitido a la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, quien ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991¹³ hasta épocas más recientes¹⁴, definiéndolo entonces como el perjuicio que es provocado a una persona (natural o jurídica) que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Es por ello que el destinatario de la Ley 1476 de 2011, al generar un perjuicio a la administración que no está en el deber jurídico de soportarlo, da lugar a la configuración de uno de los elementos de la responsabilidad administrativa, luego entonces, de manera general y en cumplimiento a los preceptos contenidos en el artículo 6°, 90° y 124° de la Constitución Política el servidor público está llamado a responder por daños que se le sean imputables bajo la concepción del deber que en ramo de defensa, le asiste sobre el cuidado, protección y salvaguarda de los bienes que son puestos bajo su custodia o administración.

Tomando como referente el pronunciamiento constitucional de la sentencia C-333 de 1996 y dando alcance del concepto de daño antijurídico en el ámbito de aplicación de la Ley 1476 de 2011 en la que se busca proteger los bienes del Ministerio de Defensa y su Fuerza Pública, se tiene que el daño antijurídico es aquel perjuicio no proveniente de una actividad ilícita, sino que es el provocado por una persona a un bien del Estado que no tiene el deber jurídico de ser soportado por este. De manera tal que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho o ilícita, sino porque el Ministerio de Defensa y su Fuerza Pública no tiene el deber jurídico de soportar, razón por la cual se reputa indemnizable.

En este tipo de imputación del daño antijurídico se requiere el ámbito fáctico y la atribución jurídica. El ámbito fáctico está dado por la comprobación de la existencia del daño en sí mismo, siendo este cierto y real. El ámbito jurídico no se da por los distintos títulos de imputación creados por la jurisprudencia del Consejo de Estado (esto es falla en la prestación del servicio -simple, probada o presunta-, daño especial – desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal, riesgo excepcional) para el caso de la responsabilidad extracontractual que emana del inciso 1 del artículo 90°

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, CP. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, CP. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.



Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2°
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzoneiercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

Constitucional, porque ellos han sido construidos para derivar la responsabilidad estatal y en el caso de la Ley 1476 de 2011 lo que está en análisis es la responsabilidad extracontractual para servidor público, razón por la cual deberá tenerse en cuenta las siguientes características:

1. **Extracontractual:** Porque no es el proveniente de un contrato.
2. **Resarcitorio:** Según el artículo 9° de la Ley 1476 de 2011, que trata del principio de proporcionalidad, indica que cuando exista responsabilidad administrativa a los destinatarios de esta ley, el monto a pagar debe corresponder al valor del bien o del daño causado al momento de presentarse el hecho, de no ser posible su reposición o reparación.¹⁵

Luego a lo que está obligado el servidor público bajo el plexo normativo que regula la responsabilidad por pérdida y daño de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa, sus entidades adscritas o vinculadas y la Fuerza Pública, es a pagar o reponer el bien dañado o perdido. No caben allí más elementos integradores del daño como lo pueden ser el lucro cesante, el daño emergente o a la vida de relación. De lo expuesto se infiere lo siguiente veamos:

1. **Debe ser cierto y actual:** esta característica implica que al momento del fallo debe estar presente el daño.
2. **Tasarse en dinero colombiano:** De acuerdo al artículo 14° de la Ley 1476 de 2011 se dispone que el pago debe hacerse en dinero o en especie. Luego si el pago tan solo aplica si se hace en moneda colombiana.
3. **Patrimonial:** Como consecuencia de su declaración, el inculpado debe resarcir el daño causado por la gestión administrativa irregular, mediante el pago en dinero que compensa el daño presentado a la respectiva entidad estatal.

¹⁵ Artículo 9° Ley 1476/2011 Proporcionalidad "Cuando se atribuya responsabilidad administrativa a los destinatarios de esta ley, el monto a pagar debe corresponder al valor del bien o del daño causado al momento de presentarse el hecho, de no ser posible su reposición o reparación."



2020 AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA PROFESIONALIZACIÓN MILITAR
Y COHESIÓN DE LA FUERZA

Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2°
Teléfono: 4261496 Ext. 38013
Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

4. **Autónomo.** Es independiente de las otras acciones que se puedan desprender del daño generado, esto es, es independiente de la acción penal, disciplinaria o fiscal.

Para ejemplificar la aplicación de este elemento, se puede decir que cuando sobreviene la pérdida de un vehículo automotor de propiedad de la Fuerza, con ocasión a un hurto, el daño antijurídico, se materializa en la no recuperación del bien, es decir que no se probó dentro del expediente la reclamación ante la empresa de seguros, para que así se obtuviera una indemnización, o en su defecto no se logró la recuperación del bien hurtado, concretándose de tal manera un perjuicio para la Institución.

C. Concreción de dicho riesgo o puesta en peligro en un resultado.

En lo atañe a este último elemento de la responsabilidad, debe estudiarse en el desarrollo del informativo administrativo la existencia de un resultado y no una mera conducta, esto implica que la consumación del daño produzca un efecto o consecuencia de la órbita presupuestal y/o financiera, es decir que se genere efectivamente un detrimento en el patrimonio del Estado, luego entonces la consumación del daño produzca un efecto o consecuencia. Volviendo al ejemplo del vehículo automotor, el no haberlo dejado en un lugar idóneo como un parqueadero tal como le era exigible en calidad de garante, fue que lo que desencadenó y concretó el riesgo al cual se expuso el bien siendo el resultado final acaecido la pérdida por hurto de la motocicleta, causando de por sí un detrimento en el patrimonio del Estado.

D. Grado de culpabilidad

Finalmente, es indispensable para el operador administrativo, estudiar además de la presencia y concurrencia de los elementos de la responsabilidad administrativa enunciados líneas arriba, realizar un análisis sobre grado de culpabilidad que le asiste al destinatario de la Ley 1476 de 2011. En ese orden, el parágrafo 2° del Artículo 16° del plexo normativo referido, señala que el grado de culpa a partir del cual se podrá establecer la responsabilidad administrativa será el de culpa leve, luego entonces, y dado que la normatividad estudiada no amplía el concepto de culpa, resulta necesario hacer cita al Código Civil así:



2020 AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA PROFESIONALIZACIÓN MILITAR
Y COHESIÓN DE LA FUERZA

Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMA/ Piso 2°
Teléfono: 4261496 Ext. 38013
Correo Electrónico: dadae@buzonefuerzo.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

"ART. 63. La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

(...) 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.

Culpa o descuido levisimo 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" (Subrayado fuera de texto)

En consideración al Derecho Civil y teniendo en cuenta los criterios del Concepto jurídico No. 80112-1816 del 3 de julio de 2003 expedido por la Dirección Jurídica de la Contraloría General de la República, el actuar con culpa se materializa "(...) cuando existe un comportamiento voluntario en una actuación cuyo resultado es antijurídico. Interviene entonces, la facultad volitiva del agente y por ende se actúa conscientemente (...). Así las cosas, el hecho que se cause debe analizarse desde la órbita de negligencia, imprudencia e impericia del destinatario de la ley, es decir, "(...) el negligente deja de realizar una conducta a la cual estaba obligado, y no emplea la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso, en consecuencia es un descuido de su conducta (...)"¹⁶. Por su parte la imprudencia, se relaciona con "(...) obrar sin aquella cautela que según la experiencia debe emplearse en la realización de ciertos actos"¹⁷. Finalmente, la impericia "(...) consiste en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión"¹⁸

En ese sentido, en el régimen de responsabilidad administrativa por pérdida y daño de bienes se infiere que el destinatario por el hecho de asignársele un bien para su

¹⁶ Contraloría General de la República Dirección Oficina Jurídica Concepto Jurídica No. 80112-1816 del 03 de Julio de 2003

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem



Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMA! Piso 2°
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

cuidado, tenencia, custodia, uso y transporte, se le exige el máximo cuidado y protección de los mismos, pues el mínimo descuido que genere el daño antijurídico, le obliga a resarcir a la Institución, pues a éste se le exige diligencia, pericia, prudencia en su actuar. Adicional, porque los bienes objeto de protección de la Ley 1476 de 2011, son bienes con la connotación de reservados, tales como: Inteligencia, armamento, aviación entre otros, que son utilizados de manera exclusiva por las Fuerzas Militares, reclamando entonces mayores controles en los cuidados, sin perjuicio de la existencia de causales de exclusión de responsabilidad que la misma ley señala.

III. CONCLUSIONES

- A. La acción administrativa por pérdida o daño de bienes de propiedad o al servicio del Ramo de la Defensa Nacional, tiene un sólido respaldo Constitucional, legal y jurisprudencial.
- B. La acción administrativa presenta como características: I) es de naturaleza patrimonial, resarcitoria y no sancionatoria ni punitiva, II) es de carácter administrativo y no jurisdiccional, III) se encuentra en cabeza del Estado y se ejerce por intermedio de autoridades administrativas. IV) es una responsabilidad personal.
- C. Este tipo de responsabilidad tiene por objeto conservar, proteger o restablecer el patrimonio público, requiriendo para establecer responsabilidad administrativa la presencia de estos tres elementos a saber: (I) daño, (II) culpa y (III) nexo causal; así como ausencia de circunstancias de exoneración de responsabilidad¹⁹.
- D. De otra parte la Ley 1476 de 2011 atribuye responsabilidad administrativa por pérdida y daño aquel destinatario que imparta una orden contraria a derecho y como consecuencia se genere un daño patrimonial al Estado, en el entendido que ese delegante es decir quien emitió la orden, a pesar de no haber desplegado de manera directa la conducta que dio lugar a la pérdida o el daño de los bienes, no le exime de

¹⁹ Artículo 17° Ley 1476/2011 Causales exonerativas de la responsabilidad. "Son causales exonerativas de la responsabilidad administrativa:

1. La fuerza mayor o caso fortuito.
2. El hecho de un tercero.
3. El deterioro natural, uso normal y legítimo del bien"



Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
 Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2º
 Teléfono: 4261496 Ext. 38013
 Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 2020107004768293: MDN-COGFM-COEJC-DADAE -13.1

responsabilidad cuando las instrucciones, políticas y lineamientos dados al delegatario se apartan de la lógica del derecho, jurídica y legal.

- E. Teniendo en cuenta que, por la naturaleza de sus funciones y la misión que cumple, la Fuerza Pública se le asignó un régimen especial en los diferentes aspectos (penal, disciplinario, pensional, etc.), siendo razonable que también para estos casos se cuente con una herramienta legal que permita recuperar, en forma ágil, oportuna y eficaz, el patrimonio estatal e institucional cuando quiera que se le ocasione un detrimento por pérdida o daño de sus bienes.
- F. Finalmente, para determinar la existencia de responsabilidad administrativa por pérdida y daño de bienes de propiedad del Ministerio de Defensa, entidades adscritas o vinculadas y Fuerza Pública, debe demostrarse la existencia de los tres elementos de responsabilidad.

Al existir autonomía de quienes ostentan atribuciones y competencias administrativas, los lineamientos emitidos desde el Comando del Ejército - Dirección de Asuntos Disciplinarios y Administrativos mantienen el carácter de recomendaciones, pues compete a quien adelanta las investigaciones velar por la debida aplicación de la ley en cada caso concreto.

Atentamente,

Mayor General **EDUARDO ENRIQUE ZAPATEIRO ALTAMIRANDA**
Comandante del Ejército Nacional

Elaboró: *Silvio* **Doctór Silvio Sammartín Quiñonez**
Asesor Externo DADAE

Elaboró: *Luciana* **Luciana Luzcano Gutiérrez**
Oficial Directrices, Promoción y Difusión

Revisó: *Jaime* **MY Cesar Jaime Acosta**
Oficial Directrices, Promoción y Difusión

Vo.Bo.: *Yolima* **MY Yolima Pedraza Guarín**
Directora DADAE

Handwritten stamp: *CD. Oscar Frías* B-07-2010

EJC 2020 AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA PROFESIONALIZACIÓN MILITAR
Y COHESIÓN DE LA FUERZA

Dirección de Correspondencia: Carrera 57 No. 43-28 CAN Bogotá-Cundinamarca
Dirección Oficina: Calle 102 No. 7-80 Cantón Norte - CEMAI Piso 2º
Teléfono: 4261496 Ext. 38013
Correo Electrónico: dadae@buzonejercito.mil.co

