

LA INFLUENCIA DEL DERECHO CIVIL EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidente del Consejo de Estado

1

La literatura universal ha dado siempre muestras del empleo de lo paradójico, como instrumento para golpear los cimientos de la convencionalidad; los lugares comunes en los que, desde tiempos inmemoriales, descansa la reflexiva humana. Lo paradójico redunda en la obra de Gabo y se inserta en la de Camus, quien “...*en las profundidades del invierno finalmente [aprendió] que en [su] interior habitaba un verano invencible.*”¹

Lo paradójico caracteriza y alimenta la intervención que se me ha propuesto, pues impone descorrer lo recorrido; desmitificar lo mitificado; fungir como una iconoclasta del derecho administrativo, siempre apresurado por identificar la diferencia; por poner el dedo en la llaga de la distinción, fuente de este subsistema jurídico que se ha erigido a partir de la especialización².

¹ Albert Camus. El verano invencible.

² Alberto Montaña Plata. Fundamentos de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. 2010.

Sea cual fuere la justificación –la naturaleza de los sujetos, el interés general, la titularidad de prerrogativas de poder público– el derecho administrativo ha perseguido su autonomía demostrando, por regla general, el carácter inadecuado del derecho civil para regular las relaciones entre el Estado y los particulares; entre las autoridades públicas entre sí.

Por lo anterior, sondear las incidencias del derecho común en la formación del derecho administrativo parece un sujeto contraevidente; un “regalo envenenado” que contraría la lógica de lo común, siempre presta a demostrar las desavenencias entre estos dos regímenes jurídicos.

Desde esta perspectiva, los puntos denominadores comunes fueron “invisibilizados”; encubiertos bajo la maraña de la diferencia. Nuestro propósito, sin pretender la exhaustividad, se inscribe en demostrar que, por encima de los constructos teóricos, está la realidad; una realidad que permite constatar los importantes aportes que el derecho civil ha efectuado sobre el derecho administrativo en 3 de los pilares sobre los que se ha edificado esta materia: **(i)** los actos administrativos; **(ii)** los contratos estatales; y **(iii)** el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado; alimentados todos por el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho común.

Según las acepciones tradicionales que se han edificado alrededor del concepto de acto administrativo, dicha noción corresponde a la manifestación unilateral de una autoridad que, en ejercicio de función administrativa, crea, modifica o extingue situaciones particulares o generales, y cuya legalidad, o mejor juridicidad, puede estar sometida al escrutinio judicial mediante el empleo de los mecanismos pertinentes. 3

Dentro de las características del acto administrativo, figuran su ejecutividad y ejecutoriedad, relacionadas con el efectivo cumplimiento de la voluntad de la administración sin que para ello resulte necesario la intervención de autoridad distinta. El acto resulta obligatorio y para su observancia los órganos estatales disponen del uso de la fuerza, si resultare del caso.

Asimismo, se conoce que la declaratoria de nulidad de los actos administrativos conlleva, en principio, efectos hacia el pasado, esto es, “*ex tunc*”, por lo que la anulación se traduce en la inexistencia de éste. Las teorías publicistas seculares prohíben esta conclusión, habida cuenta de que la nulidad del acto afecta, no solo la validez, sino también los presupuestos de existencia de aquél.

Los postulados modernos permiten identificar en la teoría del acto, un fortín del derecho administrativo en el que, *a priori*,

no existe nada que se relacione con el derecho civil. Sin embargo, las apariencias deben menguarse, para aceptar que los efectos retroactivos de la anulación, encuentran su origen en disquisiciones del derecho común, en el que la nulidad de los actos y contratos lleva, en principio, a la invalidación de los efectos producidos por éstos y, por ende, deben ser retrotraídos.

En ese sentido, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de junio de 1915 explicó, con base en la teoría civilista:

“(...) la nulidad (...) produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo (...). Por tanto, declarada la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo (...) necesariamente deben restablecerse las cosas, en lo que sea físicamente, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella.”

El derecho civil forja de esta manera una de las concepciones tradicionales del derecho administrativo, moldeando los efectos de la nulidad, para proyectarlos hacia el pasado, dejando únicamente incólumes las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la declaratoria, en una labor distinguida por la homologación entre lo civil y lo

administrativo. El derecho común permea así la actuación administrativa por excelencia.

Las incidencias, no obstante, no se detienen en el mundo de la unilateralidad, en el que prevalece la posición jurídica de la administración, sino que se proyecta en las relaciones bilaterales que, a través de los contratos, materializan los órganos estatales.

5

Como un “objeto de museo”, que permite reafirmar la idea de autonomía del derecho administrativo sobre el derecho civil, las definiciones que se construyen en torno del concepto de contrato estatal tienden a resaltar mayormente las diferencias que pueden ser identificadas entre éste y su homólogo civil. Desde esta perspectiva, el contrato estatal sería aquel en el que una de sus partes dispone de naturaleza pública, y cuyo régimen de perfeccionamiento y ejecución se caracterizaría por la excepcionalidad, al otorgar a la autoridad administrativa importantes poderes que lo alejarían del plano de igualdad en el que, por regla general, se encuentran los particulares.

En ese orden, se señala que la administración cuenta con prerrogativas del poder público que le permiten sobreponer su voluntad a la del contratista que decide vincularse a ella para el logro de los fines que le son asignados por el ordenamiento, a través de instrumentos como la terminación, interpretación y modificación unilateral de las

relaciones contractuales, establecidos en la actualidad en el Estatuto Contractual de la Ley 80 de 1993.

La exorbitancia y, por consiguiente, la especialidad serían las consignas que guían la existencia de los contratos estatales y que justificarían, entre otras muchas manifestaciones, la existencia de un juez particular para este tipo de negocios, conector de las necesidades que supone la búsqueda incesante de la materialización del interés general. 6

El panorama descrito no dejaría campo alguno al derecho privado, pues, aunque se trata de un instituto propio de esa rama del derecho, los aditamentos públicos lo habrían convertido en un “producto” totalmente distinto. La superficialidad de este razonamiento se diluye con el pasar de los días, así como con la incesante influencia proveniente del derecho civil que, si bien no obsta para reconocer una autonomía propia a los contratos estatales, si impugna la “*suma divisio*” que, entre derecho público y privado, fue creada en este punto por ciertos sectores de la doctrina nacional e internacional³.

Las bases argumentales de esta premisa pueden identificarse no solo desde un ángulo historiográfico que, como en Colombia, demuestra que no en todos los casos los contratos suscritos por la administración pública fueron

³ Diversas tesis doctrinales se han dedicado en Francia a objetar esta idea. En ese sentido, se tiene el estudio efectuado por el director del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Poitiers, M. François Brenet.

sometidos a las reglas exceptivas del derecho administrativo -por ejemplo, el Decreto-ley 222 de 1983 distinguió los contratos privados de la administración de los contratos propiamente administrativos a partir de la inclusión o no dentro de su texto de cláusulas excepcionales- sino desde el análisis de la legislación y la jurisprudencia contencioso administrativa con posterioridad a la Ley 80 de 1993 que, ⁷ además de prohijar la aplicación de instituciones privadas en el universo de los contratos estatales, tiende a dosificar, según las circunstancias, las particularidades propias del derecho administrativo de los contratos con lo que atenúa las diferencias que allí puedan existir.

El derecho civil alimenta y se constituye así en una de las bases del régimen de los contratos públicos, pues el contenido de sus cláusulas es interpretado y analizado desde la perspectiva de los principios establecidos en ese orden al interior del Código Civil.

Así, en sentencia de 11 de mayo de 1999, la Sección Tercera del Consejo de Estado estimó que el comportamiento de las partes se presentaba como un criterio útil para la interpretación de un contrato de suministro de productos médicos, en torno al cual se debatía el momento en el que debía comenzar a ejecutarse. En el caso de especie, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo se vio enfrentado a establecer si los 8 días que tenía el contratista para el

cumplimiento del objeto contractual, debían computarse una vez el anticipo le fuere pagado o si dicho término comenzaría a contabilizarse sin el pago de ese emolumento.

La Sección Tercera desestimó las pretensiones de la demanda, por cuanto la propuesta presentada por el accionante no había sido formulada teniendo en cuenta ese elemento –el pago del anticipo– pues se trataba de un presupuesto incluido al momento de suscribir el contrato, esto es, con posterioridad a la elaboración de la oferta.

Por otro lado, y trascendiendo los límites de los principios del derecho privado, el Consejo de Estado ha aplicado figuras como la de la excepción del contrato no cumplido – art. 1609 del Código Civil–, conocida por el aforismo latino “*Exceptio non adimpleti contractus*”.

Con base en ella, el máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo manifestó, en decisión de 12 de diciembre de 1996⁴, que “*si la entidad contratante no había pagado la totalidad del anticipo (...) no estaba en condiciones de exigir que la contratista cumpliera con sus obligaciones dentro del término legal pactado en el contrato.*”

En otra oportunidad, el Consejo de Estado explicó, en fallo de 10 de marzo de 1995⁵, que la autoridad pública

⁴ Demandante: Industrias Fava Ltda.

⁵ Demandante: Relikassa Sistemas Ltda.

contratante no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de su contratista, cuando ella no ha cumplido las que le corresponden y, por consiguiente, bajo este razonamiento declara la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales impone multas y sanciones contra el contratista particular.

Finalmente, el peso del derecho civil, y el propósito de erigir relaciones contractuales más igualitarias -fin buscado por la Ley 80 de 1993-⁶ conllevó la existencia al interior de ese estatuto de un sistema de dosificación de cláusulas exorbitantes, que no resultan obligatorias en todos los contratos suscritos por los entes estatales.

Así, el artículo 14, numeral 2 de dicho cuerpo normativo consagra que la obligación de incluir las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos estatales, resulta únicamente obligatoria en los contratos *“que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.”* En los demás negocios suscritos por las autoridades públicas, las cláusulas a las que se hace referencia son meramente potestativas.

⁶ Ver, en ese sentido, la exposición de motivos.

Y es que la incursión del derecho civil en la construcción del régimen de los contratos estatales se valida igualmente desde la propia previsión del artículo 13 de la Ley 80 que establece que estos contratos “...se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.” Significa lo anterior que la regla general en estos asuntos es el derecho civil y, excepcionalmente, el derecho administrativo.

10

Esta circunstancia ha llevado a algunos autores⁷ a manifestar que mientras el derecho público reglamenta los procedimientos de selección de los contratistas, el derecho privado regula la ejecución de los contratos, tendiéndose de esta manera un importante puente entre estos subsistemas normativos que un día quisieron ser separados.

Pero más allá de lo descrito hasta ahora, la influencia del derecho privado ha irradiado con su fuerza la más “bella”⁸ de las creaciones jurisprudenciales, atribuibles a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en especial al Consejo de Estado, como su órgano de cierre.

En ese orden, la labor del derecho común no solo se detiene a moldear ciertos de los rasgos característicos de los

⁷ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. El régimen jurídico de los contratos estatales.

⁸ Juan Carlos Peláez Gutiérrez. “Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿una cuestión bastante compleja?”. Universidad Externado de Colombia, in “La responsabilidad extracontractual del Estado”. Pág. 785.

instrumentos a través de los cuales las administraciones públicas ejercen las competencias que se le son asignadas por el ordenamiento. Este igualmente irradia los constructos del derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado, a la manera de como ha sucedido en otras latitudes⁹.

En nuestro país, la actividad mancomunada de la Jurisdicción Ordinaria y de la Contencioso-administrativa derruyó las bases del principio de la irresponsabilidad estatal, fundamentado en la idea “roussonian” de que la soberanía no yerra, para dar paso al establecimiento del derecho de daños a la colombiana, piedra angular de la autonomía del derecho administrativo que, sin embargo, se constituye en una obra hecha a “dos manos” por artesanos discretos, hábiles y activos.

El régimen de la responsabilidad del Estado es entonces una construcción compartida, que contó desde los primeros años con la propulsión proveniente de la actividad académica y judicial de la Corte Suprema de Justicia que, por expresa disposición del artículo 151 de la Constitución Nacional de 1886, estuvo llamada a dirimir “*los negocios contenciosos en que ten{ia} parte la Nación*”; competencia que en el año de 1964 fue asignada al Consejo de Estado por mandato directo del Decreto n°. 528 de ese año.

⁹ Francia. Ver, en ese sentido: Tribunal de Conflictos. Fallo Blanco. 1873.

Así las cosas, los orígenes del derecho de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público en Colombia se identifican en la labor jurisprudencial que, sobre la base de las normas del Código Civil, realizó la Corte Suprema de Justicia. Las autoridades públicas fueron, en ese primer período, asimiladas a particulares y, por consiguiente, su responsabilidad se vio comprometida por las falencias en que ésta recaía a la hora de elegir –culpa *in eligiendo*– o vigilar –culpa *in vigilando*– a los funcionarios que hacían parte de sus estructuras organizacionales, como podía suceder con el padre y su hijo; con el empleador y su trabajador; en el marco de la responsabilidad por el hecho ajeno, regulada por los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

Sin embargo, y aunque podríamos detenernos en las diferentes etapas que la responsabilidad estatal experimentó bajo la “batuta” –si la expresión me es permitida– de la Corte Suprema de Justicia y, por consiguiente, del derecho civil, es mi deseo centrar la atención de esta intervención en algunos aspectos dicentes que marcaron, sin duda alguna, las actividades que en derecho de daños correspondió posteriormente ejercer al Consejo de Estado y a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en general, y que dan testimonio de una visión antropocentrista, como característica indeleble de este sistema jurídico.

En la actualidad, conocemos la diversa paleta de perjuicios que pueden dar ocasión a un resarcimiento, yendo desde los tradicionalmente conocidos daños materiales y hasta los más recientes daños a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, que en los últimos días han sido objeto de análisis y estudios por parte de la doctrina nacional. 13

Pues bien, las categorías de los daños reparables resultan ser productos inacabados, sujetos a la evolución de las sociedades, pero el reconocimiento de esta realidad no fue siempre posible. Los estudios históricos dan cuenta de que, a pesar de la acreditación del perjuicio imputable a las autoridades estatales, los jueces solo reconocían aquellos establecidos en las leyes de la República¹⁰.

Este estado de cosas, sin embargo, se ve cuestionado por el caso Villaveces, decidido por la Corte Suprema de Justicia en el año de 1922, en el que se aceptó, por vez primera, la posibilidad de reparación de los daños morales sufridos por el demandante, pues la indemnización no se limitaba de forma exclusiva a los materiales.

¹⁰ Ana María Rivera Villegas. “Responsabilidad Extracontractual del Estado: Análisis del daño fisiológico o a la vida de relación. Pontificia Universidad Javeriana.

Dentro de los supuestos fácticos que rodearon el asunto, se tiene la exhumación de los restos mortales de la esposa fallecida del señor León Villaveces, puestos posteriormente en una fosa común por parte de empleados del Municipio de Bogotá, situación que causó una grave aflicción en el accionante. Pese a ello, el Tribunal Superior de esta ciudad desestimó las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que no se había acreditado la ocurrencia de daños materiales producto de la lesión acaecida.

14

En su recurso de casación, el ciudadano León Villaveces manifestó que lo solicitado correspondía a la indemnización por los graves efectos que en su estado de ánimo había causado la negligencia de los miembros de la administración municipal; argumento validado por la Corte, marcando de esta manera el hito de los perjuicios morales en el país, y más allá de ello, la construcción de la regla según la cual la probanza efectiva de un daño debe conllevar su reparación efectiva e integral.

Por otro lado, la labor desplegada por la Corte Suprema de Justicia, al amparo de las normas del derecho civil y de las teorías que se erigen en ese campo, se muestra como el punto nodal de la construcción de los títulos de imputación, propios en la actualidad del derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Y es que el concepto de falla del servicio debe su existencia, en gran medida, a la providencia de 30 de junio de 1962, en el que el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria decidió sobre los daños y perjuicios padecidos por los señores Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells, como consecuencia del atropellamiento del que fueron víctimas por parte del carro del Cuerpo de Bomberos del Municipio de Bogotá.

En esa oportunidad, la Corte se aparta de las consideraciones que sobre responsabilidad indirecta o directa por el actuar de sus empleados correspondía a esa autoridad pública, para manifestar, a la luz del artículo 16 de la Constitución de 1886, que era obligación del Estado proteger en su vida, honra y bienes a los ciudadanos que hacían parte de él, por lo que las falencias en el desarrollo de las actividades que éste desarrollaba con ese propósito debía acarrear su responsabilidad.

Por otro lado, en fallo de 18 de noviembre de 1940, la Corte Suprema compromete la responsabilidad del Municipio de Santa Rosa de Cabal – Risaralda por la electrocución del familiar de los demandantes, bajo la teoría del riesgo, en el contexto de la cual la culpa es excluida, dando preponderancia a la causalidad –hoy imputación–, es decir, la responsabilidad del Estado se compromete en el marco de un régimen objetivo. Nos preguntamos, ¿algo más parecido al riesgo excepcional que utiliza el Consejo de Estado para

evaluar la causación de daños en el ejercicio de actividades peligrosas?

Las consideraciones que preceden conllevan admitir y aceptar que, más allá de los constructos teóricos que pretendieron crear barreras infranqueables, el derecho administrativo y el civil disponen de vínculos estrechos que permiten periódicamente movilizar las fronteras de estos dos subsistemas, en un viaje enriquecedor que de ida lleva a vislumbrar la incidencia del derecho civil sobre el público, y en particular sobre el administrativo; ¿cuáles son las incidencias en el viaje de vuelta?¹¹ El debate resta abierto.

Muchas gracias.

¹¹ Esto es, cuáles los efectos de la radiación que el derecho administrativo ha provocado en el derecho común