



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

Una lectura unificada de la responsabilidad contractual
y extracontractual administrativa

Pedro A. Zapata García

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de investigación: Derecho Administrativo

FUNDAMENTOS, LÍMITES Y CONVERGENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Una lectura unificada de la responsabilidad
contractual y extracontractual administrativa*

Director: Oriol Mir Puigpelat

Tutor: Joaquín Tornos Mas

PEDRO A. ZAPATA GARCÍA

Barcelona, 2018

A la memoria de mi padre

SUMARIO

FUNDAMENTOS, LÍMITES Y CONVERGENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

INTRODUCCIÓN (EL PLANTEAMIENTO)

PRIMERA PARTE

DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

TÍTULO I. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

TÍTULO II. PRESUPUESTOS, REQUISITOS O RASGOS CARACTERÍSTICOS: LA FUNDAMENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA A PARTIR DE SUS CONDICIONES DE EXISTENCIA

SEGUNDA PARTE

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS RECONOCIMIENTOS PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: LA CONFIRMACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS, LAS CONDICIONES Y LOS LÍMITES DE LA INSTITUCIÓN

TÍTULO I. LA CONFIRMACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

TÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL Y LA NECESARIA RELECTURA DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

CONCLUSIONES

RESUMEN

Este trabajo desarrolla una lectura unificada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. De esta manera, al tiempo que se aparta de la clásica distinción de la responsabilidad contractual y extracontractual, se posiciona a favor de la unidad de la institución jurídica.

A partir del estudio de determinados ordenamientos jurídicos, en particular el colombiano, el español y el francés, y de una lectura histórica y actual de la institución, en una primera parte se examinan los fundamentos y los requisitos de procedencia como la condición previa y necesaria para realizar una construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial pública, responsabilidad que explica toda la actuación administrativa, con independencia de la manera en que esta se vehicule.

Una vez verificada una tendencia de ampliación permanente de la institución, se pone en evidencia la necesidad de realizar un adecuado proceso de fundamentación y de delimitación. Para ello se acude a la identificación de un mínimo común, lo que se hace de la mano de la *lesión atribuible*, concepto que sirve como una idea vertebradora transversal a toda la institución jurídica. Sobre la base de esta noción se critican algunas propuestas que desbordan la institución de la responsabilidad administrativa, como la llamada responsabilidad sin hecho, al tiempo que se realizan otras importantes delimitaciones, en particular, la identificación de regímenes legislativos (daños catastróficos, víctimas del terrorismo, víctimas de contagio del VIH por transfusiones sanguíneas, entre otros) que se encuentran por fuera de la responsabilidad patrimonial administrativa.

Una aproximación crítica a la lectura que de la responsabilidad realiza el Análisis Económico del Derecho, permite volcar la mirada hacia otro marco conceptual alternativo que mejor explica y caracteriza la institución. Nos referimos a las llamadas teorías basadas en la justicia, donde las ideas de causalidad e incorrección del daño se presentan como capitales.

Tras el examen crítico de los requisitos que se realiza en la primera parte, en la segunda se trata de demostrar que los fundamentos y condiciones de existencia de la institución están igualmente presentes en la llamada responsabilidad contractual administrativa, lo

que permite reaccionar frente a la clásica distinción que de manera acrítica arrastran la doctrina y jurisprudencia administrativas.

El estudio pormenorizado de las distintas causales de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo brinda claridad sobre la existencia de diversos reconocimientos patrimoniales que tienen lugar en la actividad contractual administrativa, algunos de los cuales se explican a partir de la responsabilidad patrimonial, mientras que otros se encuentran a extramuros de la institución, cuestionándose, en consecuencia, que el principio del equilibrio económico sirva de verdadero fundamento de tales reconocimientos.

Al final, correctamente identificada la naturaleza de los distintos traslados patrimoniales que tienen lugar dentro y fuera de la actividad contractual administrativa, se ilumina el camino que conduce hacia la unidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

RESUM

Aquest treball desenvolupa una lectura unificada de la responsabilitat patrimonial de l'Administració Pública. D'aquesta manera, s'aparta de la clàssica distinció de la responsabilitat contractual i extracontractual i es posiciona a favor de la unitat d'aquesta institució jurídica.

A partir de l'estudi de determinats ordenaments jurídics, en particular el colombià, l'espanyol i el francès, i d'una lectura històrica i actual de la institució, en una primera part s'examinen els fonaments i els requisits de procedència com la condició prèvia i necessària per realitzar una construcció unitària de la responsabilitat patrimonial pública, responsabilitat que explica tota l'actuació administrativa, amb independència de la manera en què aquesta es vehiculi.

Un cop verificada una tendència d'ampliació permanent de la institució, es posa en evidència la necessitat de realitzar un adequat procés de fonamentació i de delimitació. Per a això es duu a terme la identificació d'un mínim comú, el que es fa de la mà de la *lesió atribuïble*, concepte que serveix com una idea vertebradora transversal a tota la institució jurídica. Sobre la base d'aquesta noció es critiquen algunes propostes que desborden la institució de la responsabilitat administrativa, com l'anomenada responsabilitat sense fet, alhora que es realitzen altres delimitacions importants, en particular, la identificació de règims legislatius (danys catastròfics, víctimes del terrorisme, víctimes de contagi del VIH per transfusions sanguínies, entre d'altres) que se situen fora de la responsabilitat patrimonial administrativa.

Una aproximació crítica a la lectura que de la responsabilitat realitza l'Anàlisi Econòmica del Dret permet fixar la mirada en un altre marc conceptual alternatiu que explica i caracteritza millor la institució. Ens referim a les anomenades teories basades en la justícia, on les idees de causalitat i incorrecció del dany es presenten com a capitals.

Després de l'examen crític dels requisits que es realitza a la primera part, en la segona es tracta de demostrar que els fonaments i condicions d'existència de la institució estan igualment presents en l'anomenada responsabilitat contractual administrativa, el que permet reaccionar davant de la clàssica distinció que de manera acrítica arrossegueu la doctrina i jurisprudència administratives.

L'estudi detallat de les diferents causals de ruptura de l'equilibri econòmic del contracte administratiu ofereix claredat sobre l'existència de diversos reconeixements patrimonials que tenen lloc a l'activitat contractual administrativa, alguns dels quals s'expliquen a partir de la responsabilitat patrimonial, mentre que altres es troben a extramurs de la institució, qüestionant-se que l'equilibri econòmic serveixi de veritable fonament d'aquests reconeixements patrimonials.

Al final, correctament identificada la naturalesa dels diferents trasllats patrimonials que tenen lloc dins i fora de l'activitat contractual administrativa, s'il·lumina el camí que condueix cap a la unitat de la responsabilitat patrimonial de l'Administració Pública.

ABSTRACT

This thesis develops a unified view of the liability of public authorities. It defends a joined conception of the institution, while it distances itself from the historical distinction between the law of torts and contractual liability.

Starting from the analysis of diverse legal systems - in particular, the Colombian, the Spanish and the French – and based on an historical and current overview of the institution, its foundations and basic requirements are analyzed. These are considered as previous and necessary conditions to come up with a unitary construction of the liability of public authorities, liability that covers the whole administrative action, independently from the way it occurs.

Once a tendency of continuous expansion of the institution has been described, the necessity to conduct an appropriate process of foundation and delimitation is highlighted. For this purpose, a common denominator is identified – the *lesión atribuible* – a concept that is used as a founding and transversal idea of the entire legal institution. Based on this concept, a series of proposals that exceed the liability of public administration are criticized, as the liability without causation. Simultaneously, other important delimitations are carried out, as the identification of legal regimes – damages originated by catastrophes, victims of terrorism, victims of HIV infection by blood transfusions, among others – that are placed outside the liability of public authorities.

A critical reading of Law & Economics' interpretation of liability allows to focus on an alternative conceptual frame capable of better explaining the institution. Namely, the so-called justice theories within which the ideas of causation and wrongs are paramount.

After having critically analyzed the requirements of the institution in the first part, in the second part the aim is to demonstrate that the foundations and conditions of existence of the institution are equally present in the so-called contractual liability of public authorities. On that basis, it is possible to criticize the classic distinction that it is uncritically perpetuated by the administrative law doctrine and case-law.

A detailed study of the different causes of rupture of the administrative contractual economic equilibrium sheds some light on the existence of different monetary acknowledgements that occur in the contractual activity of public authorities. Some are explained through the lens of the liability of public authorities, while others are placed

outside the borders of the institution. By consequence, the real usefulness of the economic equilibrium principle to justify those acknowledgements is questioned.

At the end, having properly identified the nature of the different damages, compensations and payments related to the diverse activities of public authorities, a light is shed on the path that leads to a unified view of the liability of public authorities.

AGRADECIMIENTOS

La culminación del trabajo que el lector tiene ahora en sus manos es producto del apoyo decidido, comprensión y colaboración de varios intervinientes, a todos los cuales quiero agradecer sinceramente. En especial a la Universidad Externado de Colombia, de cuyo programa de formación de docentes en el exterior he sido becario.

Al departamento de Derecho Administrativo y a su director ALBERTO MONTAÑA PLATA, y a la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales y a su decano ROBERTO HINESTROSA REY, por haberme acogido dentro del grupo docente y haber depositado en mí su confianza para la realización de esta etapa de formación doctoral.

Mi gratitud al Rector, JUAN CARLOS HENAO, por su estímulo y su apoyo en el camino que continúa.

Quiero agradecer a los compañeros del departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, en especial a los profesores SANDRA VERANO HENAO, JORGE IVÁN RINCÓN, JULIÁN PIMIENTO, HÉCTOR SANTAELLA y JUAN CARLOS COVILLA.

Al profesor MONTAÑA PLATA deseo expresarle un doble agradecimiento, pues años atrás supo interpretar y darle soporte a una lectura de la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando celebran contratos.

Al director de esta tesis, ORIOL MIR PUIGPELAT, por su disposición, compañía y exigencia, quien, de la mano de su amistad, ha permitido que este trabajo llegue a feliz término. Al profesor JOAQUÍN TORNOS MAS, tutor de este trabajo y director del seminario de Derecho Administrativo, con quien la actividad investigadora se ha nutrido enormemente.

A la Universidad de Barcelona, al director de su departamento de Derecho Administrativo, TOMAS FONT I LLOVET, y a los compañeros del área, quienes me acogieron cálidamente durante los años de investigación. En especial a los profesores ALFREDO GALÁN GALÁN, FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN, RICARD GRACIA y MARC VILALTA, con quienes no solo he compartido un espacio de trabajo, sino enriquecedoras reflexiones.

A mi familia, por apoyar un sueño.

De manera especial quiero expresar mi más sincero agradecimiento al Maestro FERNANDO HINESTROSA FORERO (q.e.p.d.), quien, al extender su mano para congratularse conmigo, abrió un mundo de infinitas posibilidades.

ABREVIATURAS

AED	Análisis Económico del Derecho
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
C.E.	Consejo de Estado de la República de Colombia
CPC	Constitución Política de Colombia
CSJ	Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia
LCE	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la ley de bases de contratos del Estado
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LEF	Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954
LOPJ	Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
ONIAM	Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos
RAP	Revista de Administración Pública
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RSH	Responsabilidad sin hecho
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TS	Tribunal Supremo español
UE	Unión Europea

TABLA DE CONTENIDO

SUMARIO	I
RESUMEN.....	III
AGRADECIMIENTOS.....	IX
ABREVIATURAS.....	XI
INTRODUCCIÓN	1
I. El proceso de ampliación y la correspondiente necesidad de fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado	1
II. El estudio de la responsabilidad civil y el abandono de su primer eje articulador	7
III. Delimitación conceptual	8
IV. La responsabilidad contractual y extracontractual y la lectura unificada del sistema de responsabilidad estatal	11
V. La responsabilidad de la Administración en su actividad contractual, el ruido perturbador del equilibrio económico y la necesidad de acallarlo.....	15
VI. Plan	17
PRIMERA PARTE	
DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	21
TÍTULO I – LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO	25
CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: ¿UN SISTEMA - UN FUNDAMENTO?	25
I. El abandono de la culpa y las inquietudes sobre la fundamentación de la responsabilidad civil en derecho privado	25
II. El reconocimiento de la responsabilidad de la Administración y las nacientes inquietudes sobre su fundamento.....	28
III. Las diversas interpretaciones sobre la fundamentación de la institución de la responsabilidad administrativa: a la búsqueda del fundamento único.....	31
A. Sobre el concepto de fundamento y el entendimiento doctrinal diverso	32
B. Posiciones disímiles sobre la fundamentación de la responsabilidad	35
B.1. La culpa, el riesgo y la igualdad ante las cargas públicas	35
B.2. La igualdad y la equidad.....	39
B.3. La garantía	40

B.4. La lesión patrimonial - el daño antijurídico.....	42
B.5. Otros fundamentos.....	43
IV. La lesión patrimonial atribuible: el dato común, el mínimo común denominador	44
CAPÍTULO II. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD Y LAS BASES DE LA INSTITUCIÓN	51
I. Las funciones de la responsabilidad civil en derecho privado	51
A. Función indemnizatoria.....	52
B. Función punitiva y sancionatoria	53
C. Función preventiva.....	54
D. Función demarcatoria.....	56
II. Las funciones de la responsabilidad civil de la Administración Pública	56
A. Función indemnizatoria.....	57
B. Función reintegradora	58
C. Función de prevención y de demarcación	59
D. Otras perspectivas	62
CAPÍTULO III. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: DOS MARCOS CONCEPTUALES PARA FUNDAMENTAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL	67
I. La responsabilidad civil extracontractual y el Análisis Económico del Derecho .	69
II. La responsabilidad civil extracontractual y sus fundamentos filosóficos (las teorías basadas en la justicia).....	73
III. El diálogo de los marcos conceptuales y la fundamentación múltiple	78
IV. Una visión aplicada a la responsabilidad extracontractual del Estado. En especial sobre la justicia correctiva, la justicia distributiva y sus retos interpretativos para la fundamentación de la responsabilidad pública	80
CAPÍTULO IV. LAS TESIS UNITARIAS O DUALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	87
I. Responsabilidad civil de derecho privado y de derecho administrativo: una lectura externa.....	89
II. Responsabilidad civil contractual y extracontractual: una lectura interna.....	93
A. Una amplia discusión en derecho privado	93
B. Una insuficiente discusión en Derecho Administrativo	99
CAPÍTULO V. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	103
I. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico español.....	105
A. Algunas notas particulares de la responsabilidad patrimonial administrativa en España	107

B. La responsabilidad objetiva global y la doctrina crítica.....	110
II. La responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano	113
A. Algunas notas particulares de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia.....	116
B. El daño antijurídico, el elemento fundamental de todo el sistema que explica, incluso, la responsabilidad contractual de la Administración.....	121

TÍTULO II – PRESUPUESTOS, REQUISITOS O RASGOS CARACTERÍSTICOS: LA FUNDAMENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA A PARTIR DE SUS CONDICIONES DE EXISTENCIA..... 125

CAPÍTULO I. SOBRE LOS REQUISITOS O CONDICIONES DE EXISTENCIA 125

I. Elementos en la doctrina civil	125
II. Elementos en la doctrina administrativa	127
III. La incertidumbre y sus efectos sobre los elementos tradicionales de la responsabilidad civil	130

CAPÍTULO II. EL DAÑO, EL ELEMENTO COMÚN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL 133

I. El daño y el perjuicio.....	136
A. La importancia de la diferenciación conceptual entre daño y perjuicio	137
B. El daño y el perjuicio: dos conceptos recurridos para la construcción de los fundamentos de la responsabilidad pública	139
II. Condiciones de existencia del perjuicio.....	141
III. Sobre el daño y el daño antijurídico	144
IV. Los eventos y los desastres naturales: ¿daños antijurídicos?	146
V. La reparación del daño.....	147
A. Las constantes excepciones al principio del daño como medida de la reparación.....	148

CAPÍTULO III. LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD..... 155

I. La acción u omisión de las autoridades públicas – el funcionamiento del servicio	155
II. Los factores de atribución y los regímenes de responsabilidad	158
A. Factores subjetivos: el funcionamiento anormal y la falla del servicio	160

B. Factores objetivos: el funcionamiento normal del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.....	165
B.1. El riesgo.....	167
B.2. El daño especial.....	170
III. Sobre la determinación del régimen aplicable y sus consecuencias.....	172
CAPÍTULO IV. CONSIDERACIONES CAUSALES	175
I. La causalidad y la imputación objetiva	175
A. La causalidad jurídica y los límites a la propuesta de adopción de la imputación objetiva en la responsabilidad administrativa.....	178
II. La incertidumbre causal y la responsabilidad civil.....	187
III. ¿Responsabilidad administrativa sin causa? Una propuesta.....	189
CAPÍTULO V. “EN DEHORS” DE LA RESPONSABILIDAD: LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS LÍMITES, UNA DELIMITACIÓN NEGATIVA A PARTIR DE SUS ELEMENTOS	193
I. La reparación del daño causado - la lesión atribuible y la solidaridad: a reparar lo que se ha dañado	194
A. Los daños derivados de la guerra.....	196
B. Los daños derivados de la transfusión de productos sanguíneos	197
C. Los regímenes y los fondos de indemnización en el derecho francés.....	199
D. La exclusión de los riesgos de desarrollo en el derecho español	201
E. Las calamidades y los desastres naturales	204
F. El sistema neozelandés de no-responsabilidad administrativa	205
G. La solidaridad y la garantía social: una nueva institución, nuevos fundamentos	207
G.1. El contenido de la reparación como límite de la responsabilidad: un fundamento sugerido y una contrapropuesta.....	213
G.2. Sobre la naturaleza jurídica del derecho.....	215
II. Otras delimitaciones necesarias	217
A. La responsabilidad civil y la expropiación forzosa.....	217
B. La responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa	221
C. Las multas impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos, la acción de repetición y la responsabilidad administrativa.....	224
CONCLUSIÓN DE LA PRIMERA PARTE.....	227

SEGUNDA PARTE

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS RECONOCIMIENTOS PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: LA CONFIRMACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS, LAS CONDICIONES Y LOS LÍMITES DE LA INSTITUCIÓN.....	229
---	------------

TÍTULO I. LA CONFIRMACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL..... 233

CAPÍTULO I. LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: UNA DEUDA POR SALDAR..... 233

- I. La caracterización de la responsabilidad contractual en el derecho privado..... 233
- II. Su manifestación en el derecho público..... 238
 - A. Manifestaciones de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual en España 240
 - B. Manifestaciones de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual en Colombia 244

CAPÍTULO II. LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LA “RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL” – LOS HECHOS GENERADORES –: EL RECURSO AL INCUMPLIMIENTO COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ¿FACTOR SUBJETIVO DE IMPUTACIÓN? 251

- I. Los requisitos de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual. 251
 - A. El hecho generador subjetivo: el incumplimiento..... 253
 - A.1. Breves notas generales sobre el incumplimiento 254
 - A.2. Sobre el incumplimiento administrativo 257
 - A.3. El incumplimiento de la Administración en su actividad contractual: una concreción de la falla del servicio 259
 - B. Los hechos generadores objetivos..... 262

CAPÍTULO III. EL FUNDAMENTO Y LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL: LA VERIFICACIÓN DE LA LESIÓN PATRIMONIAL ATRIBUIBLE COMO ELEMENTO COMÚN..... 267

- I. Los ensayos de una fundamentación particularizada 267
- II. La lesión patrimonial atribuible: el común denominador 271
- III. Las funciones de la responsabilidad 277
- IV. Sobre la “imposibilidad” de la unificación en el derecho privado y su repercusión en el derecho público 281

CAPÍTULO IV. EL DAÑO (LESIÓN ATRIBUIBLE) ‘IN CONTRAHENDO’ Y EL DAÑO POSTCONTRACTUAL..... 285

- I. La responsabilidad precontractual en el derecho privado: ¿responsabilidad contractual o extracontractual? 286
- II. La “responsabilidad precontractual” administrativa 292

A. La fase precontractual y el derecho europeo.....	297
III. Sobre la responsabilidad postcontractual.....	299
CAPÍTULO V. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, LA ASIGNACIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO Y SUS RESPECTIVAS CONFIGURACIONES: ELEMENTOS QUE PERMITEN EXCLUIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL	303
I. El enriquecimiento sin causa de la Administración Pública	303
A. Los límites al enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana	307
II. La asignación contractual del riesgo y la exclusión de la responsabilidad administrativa	309
A. El riesgo operacional y la exclusión de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual española	312
 TÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL Y LA NECESARIA RELECTURA DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES.....	315
 CAPÍTULO I. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y EL RUIDO DEL UNIVERSO	315
I. Sobre el equilibrio económico de los contratos administrativos.....	316
A. El origen de la institución en el ordenamiento jurídico francés.....	318
B. Sobre el equilibrio económico en el ordenamiento jurídico español	321
C. El equilibrio económico en el ordenamiento jurídico colombiano	322
C.1. El errado entendimiento del incumplimiento del contrato como causal de ruptura del equilibrio.....	324
C.2. La imprevisión y el monto del restablecimiento: la corrección del sendero	327
II. Los árboles que han impedido ver el bosque	328
 CAPÍTULO II. EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD ADMINISTRATIVA: EL <i>IUS VARIANDI</i> Y LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN	331
I. Las potestades de la Administración en la ejecución contractual	332
A. Sobre la modificación unilateral	332
B. Sobre la interpretación unilateral	335
C. Sobre la terminación unilateral	336
II. Los límites a las facultades de modificación en el marco jurídico europeo.....	338

III. La imposibilidad de vincular la institución de la responsabilidad administrativa con las situaciones típicamente enmarcadas en el ejercicio del <i>ius variandi</i>	342
CAPÍTULO III. EL HECHO DEL PRÍNCIPE Y LA CONCRECIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	347
I. Sobre las diversas interpretaciones doctrinales del hecho del príncipe.....	347
II. Los entendimientos diversos del hecho del príncipe y su repercusión sobre el reconocimiento de la responsabilidad administrativa.....	351
III. Aún más ruido.....	355
CAPÍTULO IV. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: UNA AYUDA “EN DEHORS” DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	359
I. La necesaria reacción frente al porvenir.....	359
II. Sobre las condiciones de la teoría de la imprevisión	362
III. En búsqueda de un fundamento adecuado para justificar la procedencia de la teoría de la imprevisión	365
IV. La teoría de la imprevisión y los contratos estatales de derecho privado.....	369
V. La teoría de la imprevisión y su doble exclusión de la institución de la responsabilidad administrativa	372
CAPÍTULO V. LA RELECTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y LA CONSECUENTE UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA.....	377
I. El concepto del equilibrio y el régimen de exorbitancia en el Derecho Administrativo	377
II. El restablecimiento a favor de ambas partes: un camino a corregir.....	379
III. El abandono del centro de atención: el giro copernicano	389
IV. Un ruido aplacado y un panorama despejado para avanzar en la lectura unificada de la institución de la responsabilidad administrativa	393
CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE	403
CONCLUSIONES GENERALES.....	405
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	419

INTRODUCCIÓN (EL PLANTEAMIENTO)

I. El proceso de ampliación y la correspondiente necesidad de fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado

Desde su consagración y reconocimiento como institución jurídica, la responsabilidad patrimonial del Estado, y en particular de la Administración Pública, no ha cesado de extender sus fronteras. Esto ha permitido un tránsito desde la irresponsabilidad absoluta de la Administración, desde una escueta y casi inexistente reacción frente al daño, hasta la configuración de una robusta institución sobre la que se fundamenta buena parte del Derecho Administrativo.

El fenómeno de ampliación, la extensión constante de sus lindes, es una característica que ha acompañado a la responsabilidad civil desde sus orígenes, una característica que se predica, por demás, tanto de la responsabilidad patrimonial de la Administración como de la responsabilidad civil extracontractual de derecho privado¹.

De la irresponsabilidad se transitó hacia la responsabilidad por culpa y a su correspondiente configuración administrativa de falla o funcionamiento anormal del servicio; de un estricto concepto de culpa a una más amplia configuración; de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva; de la exclusiva indemnización de daños materiales al reconocimiento de una serie comprensiva de perjuicios inmateriales que sobrepasan hoy el daño moral; de la reacción frente a derechos subjetivos absolutos al reconocimiento de intereses legítimos jurídicamente protegidos; presunciones de responsabilidad; formas diversas de responder frente al daño que superan el mero reconocimiento pecuniario; concepción amplia y creciente del principio de reparación integral; indemnizaciones soportadas en la oportunidad perdida; una larga lista que continúa y que da cuenta del referido fenómeno expansivo.

¹ Cf. VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 3^a ed., París, 2008, pp. 27 y ss.

El reconocimiento de un principio general de responsabilidad de la Administración como límite y garantía del ciudadano ante los poderes públicos constituye, sin duda, uno de los mayores avances, una de las “piezas maestras” del Estado social y democrático de derecho. En la medida en que la Administración ha visto ampliado su campo de actuación, la responsabilidad administrativa desempeña un papel cada vez más significativo. La historia de un Estado que se amplifica es en parte la historia misma de una responsabilidad que crece; de la mano de una mayor conquista y garantía de derechos, se ha extendido en paralelo la indemnización de daños y perjuicios.

La característica descrita se erige como un sello de éxito, como una laudable victoria del reconocimiento de garantías del ciudadano; no obstante, tal y como ocurre con tantos otros fenómenos jurídicos, la responsabilidad es víctima de sus propias conquistas. Su ampliación constante ha terminado por hacer de una de las bases sobre las que se soporta el derecho de la Administración una institución en exceso amplia², con unos límites difusos³, que ha perdido su propia coherencia interna⁴, una dificultad que se ha concretado por parte de la doctrina como una crisis dual de “crecimiento e identidad”⁵.

Una institución de la importancia capital de la responsabilidad civil debe sin duda estar debidamente delimitada, configurada, caracterizada, en una palabra, fundamentada. Lo anterior no solo porque sus eventuales defectos minan los mismos derechos que pretende proteger, sino porque sus excesos tienden paradójicamente a describir un movimiento similar, al dar como resultado una institución que, al tratar de abarcar un gran número de situaciones perjudiciales, deja a un ciudadano perplejo que en ocasiones no logra tener claridad sobre si el hecho dañoso que ha sufrido merece la reacción de la Administración, y a un Estado que en ocasiones termina por responsabilizarse de daños que no ha producido.

El interés por las víctimas explica indudablemente gran parte del fenómeno expansivo de la responsabilidad, movimiento que, en su más concreta expresión, las ha puesto en

² Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 2ª ed., Edisofer, Buenos Aires, 2012, pp. 39 y 126 y ss. (La primera edición es del año 2002).

³ Cf. NIETO GARCÍA, Alejandro, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 4, 1975, pp. 90-95; “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina y jurisprudencia”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 51, 1986, pp. 427-433.

⁴ Cf. GRARE, Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, París, 2005.

⁵ LELEU, Thibaut, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 280, París, 2014, pp. 3 y ss.

el centro del sistema de reparación para hacer de su lesión la preocupación principal. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ “el fundamento de la institución, tal y como está configurada en nuestro Derecho, se ha desplazado desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de la responsabilidad patrimonial como una sanción a una conducta culpable), aunque sin eliminar por ello la necesidad de una imputación causal, a la perspectiva del patrimonio de la persona lesionada”⁶. Ese mismo interés por las víctimas y por un Estado al que se le reconoce haber superado sus primitivos estadios de irresponsabilidad, renueva la significativa importancia de los fundamentos. En la actualidad, cuando parte importante de la doctrina ha hecho sentir su voz de preocupación por el régimen que gobierna la responsabilidad de la Administración⁷, por su excesivo alcance, su excesiva generalidad y excesiva uniformidad⁸, la inquietud por las bases, por el núcleo duro e irreductible, por los fundamentos de la institución jurídica, cobra todo el interés y justifica en gran parte un estudio como el que ahora se emprende.

De esta manera, en favor de las víctimas de daños, el derecho de la responsabilidad administrativa ha sufrido una constante modificación que se traduce con frecuencia en la flexibilización de las condiciones exigidas para su despliegue. En favor de las víctimas este proceso debe comprenderse y aplaudirse; sin embargo, existen límites que están dados por la desnaturalización de la institución jurídica, límites que se activan cuando (no ya solo por una conservación de una lógica de coherencia interna del sistema, de la comprensión y explicación de la institución, sino por la garantía misma de los derechos), esta deja de jugar el papel fundamental para el cual ha sido concebida.

La pretensión de fundamentación no es en consecuencia un mero prurito logista, obedece, en cambio, al deseo de estructurar un elemento interpretativo que sirva como clave de orientación del sistema, pues no en vano se afirma que “es preciso tecnificar al máximo el uso de la institución en busca de unos anclajes ciertos que impidan o reduzcan el constante riesgo de caer del lado del puro arbitrio, de las soluciones ‘a sentimiento’ que al cabo producen irremediablemente desastrosos agravios

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 14ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 378.

⁷ Cf. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en: *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 239-253.

⁸ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, op. cit., en especial los capítulos IV y V.

comparativos”⁹. El estudio de los fundamentos y las condiciones tiene entonces, de la mano de su evidente importancia teórica, una significativa importancia práctica.

La fundamentación de la responsabilidad del Estado se enfrenta a múltiples desafíos, uno de los más representativos está constituido por los constantes desencuentros frente a lo que por el fundamento mismo se entiende y por lo variopinto de las propuestas que pretenden soportar el complejo andamiaje de la institución. Si a lo anteriormente descrito se suma el hecho de que desde la definición misma de la responsabilidad civil existen ya entendimientos diversos, entonces se comprende la magnitud del fenómeno a abordar.

La responsabilidad de la Administración Pública nos recuerda a un arco iris: como ocurre con las distintas instituciones jurídicas sabemos que está allí, aunque no podamos asirlo. Una vez nos hemos puesto de acuerdo sobre su existencia, suele haber acuerdo sobre sus tonos interiores, pero a medida que se tratan de describir hacia el exterior, cuando las tonalidades comienzan a difuminarse, con ellas se difuminan los acuerdos iniciales y entonces cada uno comienza a vivir su propia experiencia, aquello que le dictan sus ojos.

Esta dificultad sobre la configuración de la responsabilidad nos lleva a la pregunta de HART que encabeza esta introducción, una inquietud con un contenido significativo que pulsa una reflexión profunda, trata de llegar al núcleo duro, al contenido mínimo, a lo que de fundamental tiene el derecho. Recordemos que es precisamente en la primera parte de su obra sobre El Concepto de Derecho que HART invita a una reflexión en los siguientes términos:

“resulta claro que quienes se encuentran más perplejos ante la pregunta “¿qué es derecho?” no han olvidado, y no necesitan que se les recuerden, los hechos familiares que esta respuesta sistemática ofrece. La profunda perplejidad que ha mantenido viva la pregunta, no es ignorancia u olvido o falta de capacidad para reconocer fenómenos a los que la palabra “derecho” comúnmente se refiere [para enfrentar el problema] lo mejor es posponer toda respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? Hasta que descubramos qué es lo que realmente ha desconcertado a quienes la han hecho o la tratan de contestar [...] **¿Qué más quieren saber y por qué quieren saberlo?**”¹⁰ (énfasis añadido).

⁹ LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, en: *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, 1999, p. 78.

¹⁰ HART, H. L. A., *The concept of law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994. Versión en español: *El concepto de derecho*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 6 y 7.

Al hilo de la introspección que se deriva de la certera pregunta de HART, ubicados ahora en la institución de la responsabilidad civil, nos preguntamos sobre su contenido fundamental, lo que significa preguntarnos al tiempo por la responsabilidad misma y por aquello que al dejar de estar presente nos impediría que podamos seguir calificando al remanente con el mismo nombre. Lo que desconcierta a aquellos que se enfrentan a las reflexiones sobre los fundamentos es la inquietud por la identificación de las bases que soportan el andamiaje, que le dan sustento. De allí que señalemos desde ahora que la ausencia del fundamento de una institución la desnaturaliza de tal manera que la niega a sí misma, pues más allá de deformarla, la convierte en inexistente.

De la mano de las reflexiones sobre el fundamento trataremos entonces de ubicar una idea cercana a un común denominador, un núcleo donde se observen un rasgo o rasgos esenciales y permanentes de la institución jurídica, sin el cual estaríamos en presencia de una institución diferente. El colosal reto está representado por una pretensión de uniformidad en un sistema tan amplio que debe explicar el conjunto de la responsabilidad administrativa, de un grupo diverso de Administraciones Públicas, tanto si actúan en relaciones de derecho público como de derecho privado, en las distintas y muy diversas manifestaciones de la actividad administrativa, así como una responsabilidad que se configure tanto en los actos administrativos, los reglamentos, las actuaciones materiales, los hechos y la inactividad de la Administración, una responsabilidad que debe dar cabida al funcionamiento normal y anormal de la Administración Pública, a regímenes subjetivos y objetivos; en fin, una gran cantidad de derivaciones que hacen de la pretensión de fundamentación de la responsabilidad una tarea, al tiempo en extremo interesante y vital para la propia institución, sumamente compleja y de grandes proporciones.

Nuestra investigación tratará de esbozar, a partir de un amplio y complejo material, de un amplio y complejo mundo de fenómenos jurídicos, en algún grado homogéneo y en otro tanto dispar, algunas características que puedan llegar a ser generalizadas. Esto con el objetivo de que sirvan de “almacén general” (o clave de bóveda, en palabras de SCHMIDT-ASSMANN¹¹), para aportar soluciones en casos concretos cuando los contornos de una solución típica comiencen a desfigurarse; lo que comúnmente ocurre en los casos

¹¹ Cf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 1 y 10 y ss.

difíciles (que aquí preferimos llamar atípicos, pues lo que suelen representar es un apremio para una solución que pueda considerarse más justa).

La fundamentación de una institución jurídica requiere, sin duda, tener siempre presente la importancia de la lectura comparada de los ordenamientos jurídicos desde una perspectiva histórica y de futuro, la investigación científica se nutre de las bases de otros ordenamientos, de echar la vista atrás para identificar los acontecimientos históricos que los marcaron, de sus etapas de desarrollo y sus rasgos característicos; una mirada que implica pasar revista a sucesos que pueden tener origen en el poder constituyente, en el legislador, en las diversas manifestaciones de jueces y tribunales judiciales, y en variados desarrollos doctrinales. De la mano de VON BOGDANDY inquieta el que “pocas son las ocasiones en las que se investiga la autoría de una idea y el contexto en el que surge. Lo que interesa a los autores generalmente es la aceptación de una idea en el discurso jurídico actual. El abandono de la evolución histórica no es de por sí preocupante: la proyección hacia el futuro es señal de una ciencia consciente de su propio valor. Pero ello no elimina el camino andado [...]”¹². Esta convicción se verá materializada en un estudio que acude constantemente a una lectura comparada en tiempos remotos y contemporáneos de la vida jurídica, de modo especial es una lectura del ordenamiento jurídico colombiano (sobre el que la presente investigación se centra de manera especial, y para el que, consecuentemente, tendrá particular interés como resultado de los desarrollos que aquí se presentan), seguida muy de cerca por el ordenamiento español, además de recurrir continuamente a las construcciones y desarrollos franceses y de ordenamientos pertenecientes al sistema de *Common Law*, pues, en una mayor o menor medida, la problemática que aquí se enfrenta resulta común a todos ellos¹³.

Lo que pretendemos con esta búsqueda a través de un viaje por distintos ordenamientos y distintas fuentes del derecho es combatir “[...] el peligro de que conceptos jurídicos dogmáticos se desvinculen del contexto de los problemas para cuya solución fueron

¹² VON BOGDANDY, Armin, “Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa”, en: Von Bogdandy, Armin et al., *El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 147.

¹³ Una diversidad de citas doctrinales consagradas en el presente trabajo, que provienen principalmente del ordenamiento francés y del *Common Law*, corresponden a traducciones libres del autor.

desarrollados, para luego ‘deambular como zombis’ dogmáticos – sin función práctica a lo largo de las argumentaciones jurídicas.”¹⁴

Además, en la lectura pretérita que con frecuencia se realiza, se verá reflejada una convicción, retratada con anterioridad por parte de la doctrina española, con la que nos sentimos plenamente identificados, cuando sostenía que: “[...] siempre me ha gustado escarbar en los antecedentes históricos de las instituciones actuales, seguro de encontrar en ellos el secreto de éstas y de su régimen jurídico”¹⁵; una idea plasmada también en la doctrina especializada colombiana: “[...] toda ciencia o arte debe remitirse a los conceptos que la sustentan, so pena de perder su norte”¹⁶. La mirada hacia atrás es, al tiempo, el resultado de un convencimiento y una inquietud, la inquietud sobre una sólida fundamentación y delimitación, y el convencimiento de que las huellas del pasado nos orientan el camino presente y dan luces para el porvenir.

II. El estudio de la responsabilidad civil y el abandono de su primer eje articulador

La responsabilidad civil (de derecho privado y de derecho público) ha llamado siempre el interés de la doctrina. Es una institución vital dentro del andamiaje jurídico, lo que se evidencia en la extensa bibliografía que se ha escrito sobre el tema. Ya en 1969 se señalaba que “entre los grandes problemas de Derecho Administrativo, el derecho de la responsabilidad es el que sin duda ha provocado la literatura más abundante.”¹⁷

En el estudio de estas disciplinas, las inquietudes sobre la culpa, sobre su incapacidad para convertirse en el fundamento explicativo, hicieron caer por tierra las teorías tradicionales para justificar la institución jurídica. El abandono de la culpa como centro del sistema de responsabilidad civil es un episodio de significativa importancia en el devenir de la institución. Algo fundamental cambió con la aparición de la responsabilidad objetiva, acaso fue desde ese mismo momento en que el fundamento de la institución jurídica dejó de ser unitario y comenzaron los interminables

¹⁴ VON BOGDANDY, Armin, “Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa”, op. cit., p. 156.

¹⁵ Cf. NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 19 y ss.

¹⁶ HENAO, Juan Carlos, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 28, enero-junio de 2015, p. 349.

¹⁷ SOULIER, Gérard, “Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique”, en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1969, p. 1040.

desencuentros, de allí que sea a partir de ese momento en el que iniciaremos nuestro análisis.

Cuando se tratan de explorar los fundamentos de una institución jurídica, uno de los interrogantes a evaluar responde a una perspectiva histórica. ¿Pueden variar, y de hecho varían, los fundamentos de una institución jurídica cuando dicha institución evoluciona? O es precisamente el fundamento, la esencia, lo inherente, aquello que resulta invariable en una institución, sin lo cual no puede hablarse ya de ella. ¿Si una institución varía de fundamento, lo que debería ocurrir acaso es que se ha modificado la institución misma, su concepto básico y central? De la mano de VINEY nos preguntaremos, en consecuencia, si, y en qué medida, es posible afirmar que en la institución de la responsabilidad civil “los fundamentos que le habían asignado los autores del Código de 1804 han sido violentamente cuestionados y, en parte, abandonados.”¹⁸

En la responsabilidad civil, acaso lo que haya ocurrido es que con anterioridad al cisma que produjo el abandono de la culpa, no se realizó un verdadero proceso de identificación de los fundamentos, de la verdadera naturaleza jurídica de la institución. En todo caso, la primera batalla sobre los fundamentos del *risque* contra la *faute* aún no se ha definido. El riesgo nació cuando la responsabilidad por culpa dejó de ser suficiente para explicar algunas indemnizaciones que se consideraban justas. Hoy se libra una nueva batalla sobre los fundamentos, pero en esta ocasión no se da porque la responsabilidad no explique lo suficiente, sino porque explica, quizá, demasiado, al punto que se ha desnaturalizado. También es una batalla relativa a la necesidad de la ampliación de la institución, pero en esta ocasión no se produce porque existan injusticias frente a algunas indemnizaciones, pues estas de hecho ya se producen como consecuencia, las más de las veces, de regímenes legislativos. Las razones de justicia no tienen entonces la misma consideración y el mismo peso que tuvieron en la pasada batalla del riesgo vs. la culpa.

III. Delimitación conceptual

“Sobre el Derecho Administrativo parece pesar una suerte de maldición histórica. De la misma manera que, según cuenta la Biblia, Yahvé castigó la soberbia de los constructores de la torre de Babel con la confusión de las lenguas, todas las nociones

¹⁸ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 27.

fundamentales del Derecho Administrativo parecen hallarse sumidas en un estado de vaguedad conceptual, de confusión irreductible”¹⁹. Este juicio, que pesa como una sentencia inapelable, explica perfectamente lo que ocurre con la institución de la responsabilidad y con los conceptos que la acompañan, que le sirven de base, que estructuran su construcción teórica: daño, causalidad, imputación, fundamento, reparación, intereses jurídicamente protegidos, son solo algunos ejemplos de un extenso inventario, de una multiplicidad de conceptos y de acepciones sobre los que existen aproximaciones diversas, variados entendimientos, que a su vez dan origen a un mundo interminable de opciones, de concepciones diferentes, de distintas configuraciones sobre el devenir jurídico de la responsabilidad.

Por ello consideramos muy significativo el que desde ahora quede establecida una posición, como punto de partida, sobre el concepto basilar más recurrido en este trabajo, sobre la noción de responsabilidad civil, la cual entendemos, con CHAPUS, como la obligación jurídica que incumbe a una persona (pública o privada) de reparar el daño que ha causado a otro²⁰, como la obligación jurídica de reaccionar (con acciones correctivas) frente al daño causado.

En el presente trabajo nos ocuparemos del estudio de la responsabilidad civil, en su sentido patrimonial, que permite diferenciarlo de la responsabilidad penal o sancionatoria. Una aclaración conceptual se presenta además necesaria cuando un estudio privilegia los ordenamientos jurídicos colombiano y español, pues a pesar de que se comparta la misma lengua, en punto a la responsabilidad patrimonial no existe necesariamente el mismo entendimiento. Por responsabilidad patrimonial entendemos toda la responsabilidad civil de la Administración, tanto si esta tiene lugar en el marco de una actividad contractual o fuera de ella, tan patrimonial es entonces la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual de la Administración. Adicionalmente, en el estudio de la institución, nos referiremos indistintamente a la responsabilidad del Estado y la responsabilidad de la Administración Pública, salvo que su específica configuración requiera notas particulares. Esto no constituye, ni mucho menos, la inobservancia o el

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, t. II, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 130 y 131.

²⁰ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 8, París, 1957, p. 19.

desconocimiento de la existencia de una responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia o de la responsabilidad del legislador, lo que creemos es que, en sede de fundamentos, una gran cantidad de supuestos son comunes, por ello solo los diferenciaremos cuando ello resulte necesario.

Veremos en su momento que en este tratamiento tiene decidida influencia la estructura constitucional. El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia es un dispositivo que resulta más omnicompreensivo que el artículo 106.2 de la Constitución española, pues el primero soporta todo el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, que incluye, también, la responsabilidad del Estado legislador y la originada en el funcionamiento de la administración de justicia. El artículo 90 soporta, además, producto de la posición histórica de sus intérpretes autorizados (Corte Constitucional y Consejo de Estado), la responsabilidad contractual de la Administración. Los artículos constitucionales resisten una gran y compleja estructura; una verdad aún más acusada en el ordenamiento colombiano, situación que pone en evidencia la importancia de que se erijan como una base sólida que pueda soportar la pesada carga que sobre ellos pende y los constantes embates que provienen de instituciones vecinas y de la propia hipertrofia de la institución.

Se observará en definitiva que, si bien es un estudio en particular sobre la responsabilidad de la Administración, nada impide que muchas de sus consideraciones analíticas sean de aplicación en una concepción más general sobre la responsabilidad del resto de poderes públicos, sobre la responsabilidad del Estado.

En lo relativo a la responsabilidad particularmente administrativa, dada la comprobada dificultad de resolver la significativa cuestión sobre qué debemos entender por Administración, para efectos de nuestro estudio la Administración designará a su vez a la institución, esto es, al órgano administrativo, y a la función administrativa, lo que nos llevará a referirnos a la Administración en su doble sentido orgánico y material, sin perjuicio de las aclaraciones que resulten pertinentes a efectos de la delimitación que acá se propone.

Finalmente, desde este ejercicio inicial de delimitación, quedará anunciado un elemento que se constituye en un tema central del presente trabajo, los límites de la institución. La responsabilidad no puede tener un rol de garantía generalizada de todos los riesgos y accidentes, nunca ha sido su papel ni ha sido su objetivo. Sin embargo, existen hoy

osadas posiciones doctrinales que claman por el abandono de la causa, que pretenden eliminar la acción u omisión administrativa en el origen del daño a reparar, que invitan a eliminar la autoría. ¿Se puede reparar lo que no se ha dañado? Es este el fantasma que sobrevuela el panorama de la nueva institución que se propone. Ahora bien, con esta invitación creemos que se ha llegado a los límites de la institución. A extramuros de la responsabilidad administrativa se encuentran otras instituciones como la garantía social que se despliegan frente a situaciones con rasgos y características propias. A pesar de que existan evidentes similitudes, cada institución jurídica debe volver sobre sus fundamentos para conservar una reflexiva distancia. Es verdad que desde su consagración la responsabilidad del Estado no ha cesado de ampliarse, no obstante, con tesis como la llamada responsabilidad sin hecho²¹ (frente a la que reaccionaremos de manera decidida), hemos llegado a los límites explicativos de la institución. Por este camino, las discusiones en torno a la garantía social, en vez de poner en entredicho la responsabilidad administrativa, abren un importante espacio para reforzar sus fundamentos.

IV. La responsabilidad contractual y extracontractual y la lectura unificada del sistema de responsabilidad estatal

Para el cumplimiento de sus fines el Estado tiene a mano una amalgama de disposiciones jurídicas que provienen, en primer lugar, de un derecho que le pertenece, que le es propio; lo que no es óbice para que disponga, a su vez, de instituciones a las que recurre con frecuencia, provenientes del derecho privado. En el centro de la problemática se encuentran figuras muy representativas como la responsabilidad civil y el contrato. Contrato público – contrato privado, responsabilidad privada – responsabilidad administrativa, instituciones clásicas donde las discusiones más apasionantes están siempre presentes y se constituyen, además, en una importante cantera para la fundamentación y el crecimiento de la disciplina jurídico-administrativa.

²¹ Cf. TRUCHET, Didier, “La evolución reciente de la responsabilidad administrativa en el derecho francés”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 317-332; TRUCHET, Didier, “Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer”, en: *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 29, enero-marzo de 1993, pp. 1-13; LELEU, Thibaut, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, op. cit.

Esta investigación se centra así en las dos grandes instituciones que históricamente más fundamentan y le dan identidad al Derecho Administrativo, de allí el gran reto que representa y la necesidad imperiosa de delimitar el campo de estudio. Una investigación que se enfrente a dos categorías de tal trascendencia jurídica como lo son el contrato administrativo y la responsabilidad patrimonial administrativa, corre el riesgo de perderse en la generalidad, en especial cuando a ello se suma que otra gran institución suele circundar los análisis, la institución de la propiedad y sus posibles limitaciones. Por ello de entrada debe delimitarse el objeto, que no es otro que el de establecer los fundamentos y límites explicativos de la institución de la responsabilidad civil contractual y extracontractual de la Administración Pública derivada, en particular, de la actuación administrativa, concepto que, aunque de entrada pareciera redundar, es en realidad una decidida toma de posición sobre aquello que entendemos debe ser la institución jurídica, el que parezca ocioso insistir en la necesidad de la actuación administrativa como origen de la responsabilidad pública, es en realidad la muestra de la imperiosa necesidad de identificar los límites de una institución que no para de crecer.

Como se tratará de demostrar en las páginas sucesivas, la responsabilidad contractual de la Administración Pública no es sustancialmente diferente de la responsabilidad extracontractual, por el contrario, es una manifestación más de la institución jurídica de la responsabilidad administrativa que, por demás, comparte todos sus elementos, lo que invita a volver sobre la trájada reflexión de la necesidad misma de la existencia de esta distinción y sus verdaderos alcances. No existe una diferencia sustancial, o en todo caso no existe una entidad suficiente que nos presente como necesario dividir esta institución, por lo menos no es en esencia diferente a lo que ocurre cuando hablamos de responsabilidad subjetiva u objetiva, incluso no se justifica un tratamiento diferente más allá que el que justifica tener un tratamiento diferenciado entre responsabilidad administrativa en el ámbito urbanístico o en el ámbito de la responsabilidad sanitaria; todas son diferentes manifestaciones de una misma institución que comparte elementos esenciales comunes. La responsabilidad de la Administración es una institución que no ve modificada su naturaleza cuando se despliega en la actividad contractual administrativa, por lo menos no es un grado diferente al que ocurre cuando la actividad es de transporte o de seguridad. Lo que varía es la manifestación de la actividad de la Administración, la manera en que la actividad se vehicula, no el fundamento mismo de la institución de la responsabilidad administrativa. VINEY se preguntaba ¿por qué ha

parecido necesario someter a reglas particulares la responsabilidad que nace de la inejecución de una obligación contractual?²² Como una reacción temprana a esta pregunta creemos que no hay, en puridad, ninguna razón para dejar de lado la responsabilidad contractual cuando el concepto central es el daño, la lesión.

Por lo demás, difícilmente se encuentra otra actividad administrativa como la contractual, donde discusiones teóricas sobre instituciones jurídicas afines (que implica una constante delimitación de sus contornos) tengan un desarrollo práctico tan marcado. Nos referimos acá a una idea de fácil constatación, pues basta con comprobar que en la actividad administrativa contractual entran constantemente en juego la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) de la Administración, el enriquecimiento injusto o sin causa y la expropiación forzosa, en especial cuando lo que se ha celebrado es uno de los contratos típicos en torno al cual se desarrolló en gran parte la teoría general del contrato administrativo, el contrato de obra pública.

Precisamente, a propósito de las reflexiones presentadas sobre el enriquecimiento injusto, la responsabilidad patrimonial y los contratos, REBOLLO PUIG señalaba que “introducir claridad en todos estos aspectos de nuestro Derecho administrativo resulta una tarea apremiante y pasa por distinguir ese *totum revolutum* en que se ha convertido la responsabilidad de la Administración.”²³

Parafraseando precisamente a este autor, podremos explicar, por demás, el constante recurso al derecho privado que se realiza en el presente trabajo, lo que en no pocas ocasiones resulta imprescindible para reconocer la institución que acá se estudia. Así, el recurso a las instituciones provenientes del Derecho Civil se hace más para observar su carácter, que su fisonomía, para establecer el tono que señalan.

Desde estas líneas introductorias, en punto a la pretensión de unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual, podemos adelantar un ejemplo reciente, proveniente de una de las puntuales manifestaciones de la institución, que demuestra la actualidad e importancia de la discusión. Nos referimos a la llamada responsabilidad por productos defectuosos. En este territorio se ha llegado afirmar, por parte de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), que nos encontramos frente a un campo donde las fronteras

²² VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 640.

²³ REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 246.

de distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se desdibujan, “al punto de parecer irrelevantes.”²⁴

Una sensación que, como se verá a lo largo del desarrollo del trabajo, es una constante en diversos ordenamientos, en distintas ramas del derecho, incluso en diversas familias jurídicas. Después de todo, había sido anunciado años atrás por GRANT, en su clásica obra en la que sentencia la muerte del contrato para un ordenamiento perteneciente al *Common Law*, que una materia como la de la responsabilidad por productos defectuosos, “siempre ha tenido un pie en el contrato y otro en los daños extracontractuales”²⁵. Una sensación que, lejos de limitarse a ser constatada frente al *product liability*, avanza a tal estadio que le permite concluir que: “llegados a este punto, no hay realmente ninguna distinción posible entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Podemos constatar que el daño contractual ha devenido indistinguible del daño extracontractual, reflejando de forma críptica una instintiva, casi inconsciente comprensión de que los dos ámbitos del daño, que habían sido artificialmente separados, se funden gradualmente y vuelven a ser uno.”²⁶ Una aseveración que cobra mayor importancia cuando se recuerda que está siendo sostenida desde un ordenamiento donde la propia definición de la responsabilidad extracontractual, de los *torts*, excluye, desde su origen, al propio incumplimiento contractual.

Por ello, será la existencia y comprobación de unos mismos fundamentos y unos mismos requisitos lo que nos permitirá poner en entredicho una supuesta divergencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración. Exponer los criterios distintivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, presentar los fundamentos, las funciones y las condiciones de existencia, y preguntarnos luego si la responsabilidad contractual los cumple y en qué medida, es un camino claro para demostrar cómo la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, como órdenes que son de la responsabilidad civil, comparten los elementos que permiten identificar una misma institución jurídica.

²⁴ CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 2009, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

²⁵ GILMORE, Grant, *The death of contract*, 2ª ed., The Ohio State University, Michigan, 1995, p. 101. (La primera edición es de 1974). Versión en español: *La muerte del contrato*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

²⁶ *Ibíd.*

V. La responsabilidad de la Administración en su actividad contractual, el ruido perturbador del equilibrio económico y la necesidad de acallarlo

Sobre la noción del contrato administrativo se ha construido buena parte del derecho de la Administración. Una búsqueda incesante por la sustantividad del contrato público y del Derecho Administrativo mismo, lleva a identificar, en elementos como las prerrogativas públicas, puntuales características de identidad.

En este camino de identificación habrá que preguntarse si la responsabilidad a la que está sometida la Administración Pública en su actividad contractual constituye una institución diferenciada de la responsabilidad extracontractual administrativa. ¿Será necesario acaso construir una teoría de la responsabilidad contractual administrativa independiente de su par extracontractual? Desde ahora avanzamos que, si la responsabilidad pública es el resultado de unos fundamentos y de unas condiciones de existencia, el observar estos elementos presentes tanto en la llamada responsabilidad administrativa contractual como en la extracontractual, es una clara muestra de la posibilidad de una lectura unificada.

Esta reflexión, que por su capital importancia debería estar presente de manera general en la doctrina administrativa, es, no obstante, un debate ausente. Poco, demasiado poco, se ha dedicado al estudio de la responsabilidad contractual de la Administración (*rectius* a la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual), lo que ha impedido avanzar en una construcción de conjunto, si bien tampoco se ha avanzado en una visión que escinda la lectura de las diversas manifestaciones de la responsabilidad.

Una gran parte de esta ausencia se explica por el papel perturbador que ha tenido el concepto del equilibrio económico de los contratos. Un ruido constante que nos ha impedido ver con claridad el bosque.

En la actividad contractual de la Administración tienen lugar diversos reconocimientos y traslados patrimoniales que obedecen a distintas instituciones jurídicas, no obstante, el principio del equilibrio financiero es una noción de tal recurrencia en el derecho de la contratación pública que lo ha llevado a sufrir una significativa hipertrofia, sumamente perjudicial para el entendimiento pacífico de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual.

En el Derecho Administrativo se observa una constante tensión entre los poderes de la Administración, entre su actuación exorbitante del derecho común y los derechos de los ciudadanos²⁷. La configuración de las potestades públicas solo puede entenderse en la medida en que estas respeten los derechos y libertades de los particulares, dos valores entre los cuales se desarrolla la constante búsqueda de un equilibrio. De esta manera se observa cómo, en realidad, el concepto de equilibrio es general a toda la disciplina jurídico-administrativa y no una noción particular y exclusiva de los contratos públicos.

Quizás sea esta comprobación lo que ha llevado a que en el derecho de la contratación estatal el principio del equilibrio económico tenga el papel protagónico que ha tenido. Sin embargo, este trabajo se apoya en una idea base, que pretende demostrar que la figura del restablecimiento del equilibrio financiero tiene distintas configuraciones técnicas que cambian de justificación dependiendo de la causal de ruptura que se estudie. Creemos que el haberlas tratado bajo una misma concepción, ha desembocado en enormes problemas teóricos y prácticos sobre las lógicas jurídicas que circundan las posibles afectaciones en la ejecución contractual, por ello pretendemos una lectura que trata de corregir el rumbo. Una relectura del equilibrio económico de los contratos administrativos es la base, el requisito previo para el entendimiento cabal y de conjunto de la responsabilidad administrativa, tanto dentro como fuera de la actividad contractual. La forma de acallar el ruido perturbador pasa por realizar una adecuada configuración del equilibrio económico, por entender la amplia diversidad de situaciones que suceden en su interior, y que son erradamente aglutinadas bajo un concepto que termina por arrojar más confusión que claridad frente a la institución de la responsabilidad patrimonial pública.

Al final lo que esperamos poner en evidencia es el hecho de que la llamada responsabilidad contractual de la Administración no es nada diferente a una expresión particular de la responsabilidad patrimonial administrativa, una responsabilidad que, de manera incidental, se despliega en la actividad contractual de la Administración. Una responsabilidad que responde a unos mismos fundamentos y condiciones de existencia, no puede más que invitar a repensar una eventual división de la responsabilidad administrativa en dos compartimentos estancos.

²⁷ Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 137 y ss.

VI. Plan

Para abordar estas reflexiones la investigación se centrará en explorar cuáles son los fundamentos y condiciones de la responsabilidad patrimonial del Estado (primera parte), para indagar luego de qué manera la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual los cumple, pues la responsabilidad que tiene lugar en esta concreta actividad solo podrá merecer un lugar al interior de la responsabilidad civil de la Administración, en la medida en que sus fundamentos y condiciones se correspondan con la configuración general (segunda parte).

Para ello, en la primera parte del presente trabajo, el capítulo I iniciará el desarrollo del primer título con el estudio del abandono de la culpa y la naciente inquietud que ello significó sobre los fundamentos de la institución jurídica, además de enarbolar una propuesta propia a modo de denominador común. Esto pues, dada la diversidad de posiciones doctrinales, no creemos que el problema derive de la eterna búsqueda de una noción fundamental que se resiste a hacerse comprensible hasta que no llegue aquel merecedor de desentrañar el verdadero principio que todo lo justifica, de un concepto a la espera de ser descubierto. Creemos que, en el esfuerzo de fundamentación, aquello que constituye la realidad de la práctica nos resulta de vital observancia, tanto como que apartarse de esos elementos esenciales, impiden que sigamos hablando del mismo objeto de conocimiento.

En el capítulo II se aborda el estudio de las funciones de la responsabilidad desde el derecho privado y el derecho público, mientras que con las consideraciones expuestas en el capítulo III esperamos poner en evidencia la importancia de centrar el estudio de los fundamentos de la responsabilidad civil desde marcos conceptuales que se ocupan de estudiar la responsabilidad como un todo, donde el Análisis Económico del Derecho (AED) y la filosofía han jugado un representativo papel como universos totalizadores.

El capítulo IV se ocupa principalmente de una invitación a la reflexión, que está inspirada en una realidad jurídica del ordenamiento colombiano, un ordenamiento donde se ha materializado la posibilidad de una construcción unificada de la responsabilidad patrimonial pública, tanto contractual como extracontractual. Nos pronunciaremos además sobre la posible existencia de una institución jurídica de la responsabilidad que comparta elementos comunes que puedan ser replicados y coexistan cuando se construyan tanto para la responsabilidad civil de derecho privado como de

derecho público. Esto es, nos preguntaremos si ¿existe una teoría general de la responsabilidad civil que pueda ser construida desde la abstracción de la particularidad de los derechos? Las diferentes tesis que propenden por una lectura de unidad o de dualidad de la responsabilidad, serán entonces el foco de atención de este apartado.

El título I terminará, en el capítulo V, con un análisis que se propone a partir de una lectura comparada de los fundamentos constitucionales de la responsabilidad administrativa para el caso español, y de la responsabilidad estatal para el caso colombiano. Dada la herencia española en la institución de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en Colombia, un estudio comparado permitirá, al tiempo que se observa el alcance de la influencia ibérica en la construcción latinoamericana, una lectura dual que consideramos de gran interés para un ordenamiento administrativo español que afronta problemas de excesivo alcance y generalidad, en una responsabilidad que se cataloga de objetiva global.

El título II de la primera parte se ocupa del estudio de los requisitos o las condiciones de existencia de la responsabilidad, en el entendido que una vez se han identificado las características fundamentales, debe a continuación pararse mientes sobre las exigencias o requerimientos sin los cuales la responsabilidad no despliega su concurso a efectos de la reparación del daño. Para ello en el capítulo I se realizarán algunas consideraciones generales con miras a tratar de identificar, a partir de una multiplicidad de posiciones legales, doctrinales y jurisprudenciales, cuáles son las condiciones de existencia.

El capítulo II aborda el estudio del elemento más central de la responsabilidad, el daño. Lo cual se hará, al igual que con el resto de condiciones de existencia, a partir de una lectura crítica, con miras a su reconfiguración.

El capítulo III enfrenta el problema de la acción u omisión administrativa como un requisito *sine qua non* de la responsabilidad, que es de manifiesta utilidad para enfrentar propuestas que parecen exceder los límites de la institución. Los factores de imputación y regímenes legislativos permitirán avanzar en la idea del aprendizaje recíproco en los ordenamientos jurídicos español y colombiano.

El capítulo IV se posiciona sobre algunas consideraciones causales, en particular aquellas que merecen una lectura crítica y que suelen generar perplejidad en los lectores, los conceptos de imputación objetiva y de cuotas de incertidumbre causal serán puntos centrales del análisis.

En el capítulo V se cierra la primera parte con una evaluación de los elementos, lo que permitirá identificar los extramuros de la institución, sus límites externos, la llamada delimitación negativa de la responsabilidad.

En la segunda parte del presente trabajo se someterán a consideración los fundamentos y requisitos observados en la primera parte cuando lo que tiene lugar es la responsabilidad de la Administración en la actividad contractual, pues solo a partir de la identidad de estos elementos se puede predicar la existencia de una institución unitaria.

El título I de la segunda parte comenzará en el capítulo I con la comprobación de la existencia de una deuda pendiente, de la ausencia de una teoría de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual, lo que tendrá lugar a partir de la constatación de lecturas que privilegian particulares manifestaciones de la responsabilidad de la Administración por encima de un tratamiento integral unificado.

El capítulo II se ocupa de observar los hechos generadores de la responsabilidad en la actividad contractual, donde el incumplimiento se ha pretendido como un elemento justificante de un tratamiento escindido de la responsabilidad. Tesis frente a la que reaccionaremos, al tiempo que observamos que los títulos generales de imputación de la responsabilidad administrativa, contruidos en la cantera de la responsabilidad extracontractual, tienen pleno despliegue y perfecta coincidencia en la responsabilidad que tiene lugar durante el ciclo contractual administrativo.

En los capítulos III y IV observaremos que el elemento común identificado durante el estudio de los fundamentos de la institución, la *lesión atribuible*, está siempre presente en la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual, tanto en las fases precontractual, contractual y postcontractual, y que la ausencia de este denominador común permite precisamente negar el despliegue de la institución indemnizatoria que acá se estudia.

El capítulo V termina por explorar, a modo reflejo de la primera parte, aquello que se encuentra a extramuros de la responsabilidad de la Administración en la actividad contractual, lo cual haremos de la mano del estudio del principio general de derecho y fuente de las obligaciones del enriquecimiento injusto, al tiempo que observaremos cómo, el correcto entendimiento y la adecuada gestión del riesgo contractual, permiten excluir la responsabilidad patrimonial pública.

En el título II nos ocuparemos de enfrentar el fenómeno que hemos llamado la hipertrofia del equilibrio económico de los contratos. Lo que haremos, en primera media, en el capítulo I, a través del estudio del origen de la institución y las lecturas erradas que han hecho perder el rumbo.

En los capítulos II, III y IV nos adentraremos en el análisis de las distintas causas de ruptura del equilibrio, del *ius variandi*, del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión, donde pretendemos demostrar que solo en una de sus manifestaciones, en el hecho del príncipe, tiene pleno despliegue la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que en las otras causales de ruptura, la ausencia de distintos elementos de la responsabilidad, la desaparición de los fundamentos y condiciones de existencia, niegan su existencia.

El capítulo V del título II de esta segunda parte cierra las reflexiones con una propuesta de revisión del principio del equilibrio económico de los contratos administrativos, convencidos de que solo cuando tenga lugar una relectura que propende por la reconfiguración de esta institución, podrá existir la claridad suficiente para avanzar en una construcción unificada de la responsabilidad de la Administración Pública.

*Y aunque jamás logremos llegar a los últimos principios,
es una satisfacción el ir tan lejos como
nuestras facultades nos lo permitan*
David Hume, 1740

PRIMERA PARTE

DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La inquietud que acompaña el estudio de los fundamentos, las funciones y las condiciones de una institución jurídica está determinada por una necesidad de identificación y delimitación del sistema. Para una ciencia como el Derecho es elemental poder identificar cuándo nos encontramos en presencia de una determinada institución, cuándo, al hallarse reunidos sus elementos característicos, debe el Derecho prestar su favor para que se desplieguen sus consecuencias.

Una institución jurídica como la responsabilidad patrimonial, tan trascendente para un Estado que se reconoce como social y democrático de derecho, es una gran herramienta de protección del ciudadano que le permite contar con un mecanismo jurídico de salvaguardia y defensa de una batería cada vez más amplia de garantías y derechos reconocidos. Saber así el momento en el que, frente a un derecho o un interés que se ha visto afectado, debe el Derecho prestar su concurso, es una garantía de seguridad para ambos extremos de las relaciones administrativas; para el Estado que sabrá con algún grado de certeza en qué momento debe reaccionar frente al daño causado, y para el particular afectado que podrá tener claridad sobre las situaciones en las cuales puede apelar por el mecanismo tuitivo de sus intereses.

No es entonces una mera vanidad intelectual lo que impulsa la fundamentación de una institución como la responsabilidad. De la mano de SOULIER creemos que:

“la búsqueda de un principio único no es un puro juego del espíritu; así como la búsqueda de un criterio único y general del Derecho Administrativo responde igualmente a necesidades prácticas, de igual manera, la determinación de un principio, es decir, de un fundamento único y general de la responsabilidad de los poderes públicos repercute inmediatamente sobre el derecho positivo, el fundamento de derecho de la responsabilidad debe abastecer la explicación del derecho positivo e inspirar sus soluciones.”²⁸

²⁸ SOULIER, Gérard, “Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique”, en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger*, 1969, p. 1043

Sin duda son significativas las preocupaciones sobre los fundamentos, sin embargo, no es fácil terminar de determinar ¿Qué es el fundamento? ¿A qué se refiere la doctrina cuando trata de ubicar el fundamento de una institución jurídica? El problema de esta perspectiva de lectura está en su propia concepción, en las diferencias doctrinales, no ya sobre la búsqueda de un acuerdo sobre el fundamento (que por sí son muchas), sino sobre el entendimiento mismo de lo que por fundamento se concibe. Algunos lo circunscriben a principios constitucionales, otros a principios generales del derecho, otros lo identifican con la función que cumple la institución de la responsabilidad, otros con su naturaleza jurídica, última donde tampoco existe unanimidad de trato para referirse al concepto mismo de la naturaleza jurídica²⁹.

De esta manera, el explorar, el tratar de desenmarañar, de depurar el lenguaje de aquello que ha sido expresado por diversos autores a través de los años, no tiene ninguna otra pretensión que la de tratar de comprender mejor la realidad actual. Es verdad que puede tenerse como excesivamente ambiciosa una empresa de tal tamaño, que comprende un lapso tan extenso que se acerca ya a los 150 años; no obstante, lo abrumador del panorama no puede ser más que un incentivo que deja ver la urgencia y significativa importancia del emprendimiento.

Años atrás, a partir de uno de los trabajos que más repercusión ha tenido en el estudio de la responsabilidad administrativa, EISENMANN había anotado que en todo sistema de responsabilidad, sus elementos centrales están constituidos por los fundamentos, las funciones y sus condiciones³⁰. Estamos, en consecuencia, persuadidos de que la responsabilidad civil de la Administración Pública, dentro de la cual tiene un papel protagónico y una mayor representación la responsabilidad extracontractual, se define, se identifica y se delimita a partir de sus fundamentos (título I) y sus condiciones de existencia (título II).

El fundamento de la responsabilidad se suele analizar, aislar, descontaminar de las llamadas meras condiciones de existencia, dándoles a estas últimas un tratamiento secundario, relegándolas a un segundo plano de interés. Sin embargo, y en esto reside una gran ironía, al igual que ocurre con el fundamento (cualquiera que por él se tenga),

²⁹ Cf. GÜITRÓN GUENTEVILLA, Julián, “¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil?”, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pp. 99-114.

³⁰ Cf. EISENMANN, Charles, “Sur le degré d’originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques”, en: *Écrits de Droit Administratif*, Dalloz, París, 2013, pp. 413-449. (La versión original de este artículo fue publicada en el año de 1949).

de no estar presentes las condiciones de existencia, sus presupuestos, sus elementos de configuración, la responsabilidad no tiene cabida, no nace, lo que termina por igualar la importancia relativa de las meras condiciones al sacrosanto fundamento.

TÍTULO I – LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: ¿UN SISTEMA - UN FUNDAMENTO?

I. El abandono de la culpa y las inquietudes sobre la fundamentación de la responsabilidad civil en derecho privado

Los artículos 1382 del Código Civil francés de 1804³¹, 2341 del Código Civil colombiano de 1887 y 1902 del Código Civil español de 1889, que consagran la responsabilidad extracontractual de los particulares, comparten una nota característica sobre el juicio de valor que se realiza a la conducta del agente que ha producido un daño para que pueda tener lugar su reparación. Estos artículos ubicaban la culpa como centro del sistema de la responsabilidad civil extracontractual, dispositivos que fueron por demás parte del apoyo normativo de los primeros pronunciamientos de la responsabilidad administrativa con anterioridad a la consagración de regímenes sustantivos.

Hoy, años después, cuando tenemos ya una responsabilidad civil administrativa gobernada por principios y normas propias, habrá que conceder que “entre la responsabilidad tal como fue concebida por los redactores [de los Códigos Civiles] y la que debuta en el siglo XXI una gran transformación se ha producido.”³² ¿Qué cambió y cuándo se detonaron estas transformaciones?

No es nuestra intención realizar un análisis exhaustivo sobre las razones que acompañan el abandono de la culpa como base del sistema de la responsabilidad civil en el derecho privado, en particular porque, tal y como lo ha reconocido la propia doctrina privatista, el debate sobre el fundamento de la responsabilidad que se abrió al final del siglo XIX no recibió nunca una solución definitiva y continúa abierto³³. A la falta de soluciones concluyentes, de acuerdos pacíficos de la doctrina, se le suma la abundante literatura sobre la materia, pues, tal y como lo señaló LE TOURNEAU en su tratado sobre la

³¹ Artículo 1240 a partir de la reciente modificación de 10 de febrero de 2016.

³² GRARE, Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, París, 2005, p.2.

³³ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 76 y 108.

responsabilidad, si existe una cuestión apasionadamente controvertida es la del fundamento de la responsabilidad civil³⁴.

Lo que sí que nos resulta significativo es evidenciar cómo hasta que no se cuestionó la culpa como centro del sistema de la responsabilidad civil, las preocupaciones sobre el fundamento no eran el foco de atención de la doctrina³⁵. Por lo tanto, es sin duda, de la mano del cuestionamiento sobre la culpa, que cobran especial interés las inquietudes sobre los fundamentos de la institución³⁶, una controversia que hoy sigue sin resolverse.

“Desde el final del siglo XIX, esta institución no ha cesado de reconstruirse, sin jamás de hecho alcanzar una real estabilidad. Los fundamentos que le asignaron los autores del Código de 1804 han sido violentamente cuestionados y en parte abandonados”³⁷. Lo que nos enfrenta desde ya a la perturbadora situación de tratar de entender una misma institución que ha mutado de fundamentos, como si ello fuese por demás posible, y sin que inexorablemente signifique que con la remoción de sus bases se venga al suelo toda su estructura.

Los trabajos de SALEILLES son comúnmente señalados como parte del origen del cisma³⁸. Este autor, al pronunciarse sobre un fallo de la Corte de Casación, señaló cómo la jurisprudencia, para proteger a las víctimas de los accidentes de trabajo, había ampliado el concepto de culpa de tal manera que algunas soluciones no encajarían ya dentro de su estructura conceptual, sino que responderían más bien a una lógica en la que quien dirige y se beneficia de una actividad debe a su vez asumir la realización de los riesgos que de ella se derivan. Fue el comienzo de una nueva fundamentación de la responsabilidad basada en un elemento diferente a la culpa, el riesgo³⁹.

Las reacciones, que no se hicieron esperar, son suficientemente conocidas, basta acá con señalar cómo para PLANIOL sería una injusticia social el llegar a admitirse la

³⁴ LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilité civile*, 3ª ed., Dalloz, París, 1982, p. 5

³⁵ Para la doctrina civil los juristas romanos no se plantearon realmente la cuestión del fundamento de la responsabilidad civil. Cf. VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 10.

³⁶ Cf. Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial V, La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 107 y ss.

³⁷ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 27

³⁸ Cf. SALEILLES, Raymond, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1897.

³⁹ Riesgo creado, riesgo provecho, *ubi emolumentum ubi onus*, son todos conceptos que alimentan la discusión, que trataremos de manera amplia más adelante.

responsabilidad sin culpa a la que calificó además de “monstruosa”⁴⁰. En la misma línea se ubica años después LE TOURNEAU, quien clama por un retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad⁴¹. Así, “la primera batalla iniciada a finales del s. XIX por los partidarios del riesgo contra los defensores de la culpa continúa en efecto sin decidirse.”⁴²

Una tesis merece especial atención, pues su énfasis sobre la posición de la víctima resulta, además de familiar frente al concepto de lesión o daño antijurídico en Derecho Administrativo, clave cuando abordemos el estudio de la responsabilidad civil de la Administración; es la llamada teoría de la garantía de STARCK⁴³.

En la teoría presentada por STARCK el enmarcar el problema del fundamento de la responsabilidad civil en la elección entre la culpa y el riesgo es un falso dilema⁴⁴. Para la teoría de la garantía esa forma de razonar es incompleta porque omite el punto de vista de la víctima; por ello la responsabilidad, en lugar de centrarse sobre el autor del daño, sobre su culpa o la eventual creación de un riesgo, debe focalizarse sobre la víctima, sobre sus derechos e intereses que deben ser garantizados por el ordenamiento ante eventuales intromisiones. No obstante, los derechos de las víctimas no son los únicos en juego, también deben tenerse presente los derechos a actuar que están en la cara opuesta de la reflexión; así, todo problema de responsabilidad lleva ínsito una dicotomía que debe resolver, y que enfrenta los derechos de actuar en cabeza del autor del daño y el de seguridad de la víctima. Para el autor “la teoría de la garantía explica a la vez la existencia de una responsabilidad sin culpa (para los daños corporales y materiales especialmente) y de la responsabilidad donde la culpa continúa siendo exigida para que el autor del daño sea condenado (daños puramente económicos o puramente morales)”⁴⁵.

Frente a los embates que ha sufrido la culpa, en la búsqueda de nuevos fundamentos de la institución de la responsabilidad, “muchas teorías han visto la luz con el objetivo de ofrecer a la responsabilidad sin culpa una estructura teórica. Ninguna en verdad ha

⁴⁰ PLANIOL, Marcel, “Études sur la responsabilité civile”, en: *Revue Critique*, 1905, p. 277.

⁴¹ LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilité civile*, op. cit., pp. 6, 18 y 22.

⁴² VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit. pp. 108 y 109.

⁴³ Cf. STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse, París, 1947.

⁴⁴ STARCK, Boris, *Droit Civil, obligations*, Librairies Techniques, París, 1972, p. 34.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 39.

triunfado”⁴⁶. En todo caso, aunque del torneo de teorías ninguna haya salido victoriosa, lo cierto es que tras las distintas elaboraciones y discusiones teóricas se sacudieron de tal manera los fundamentos que se terminaron por ampliar las bases de la responsabilidad civil⁴⁷, por ello se ha entendido que la superación de la crisis del sistema basado en la culpa “en el fondo supone un nuevo sistema”⁴⁸.

Una cuestión que parece derivarse de los análisis del derecho privado es la falta de un tratamiento unificado sobre la fundamentación. El fundamento puede variar, y, en efecto, varía de acuerdo a si se adopta una teoría subjetiva u objetiva de la responsabilidad, de allí que se sostenga que “según se adopte una u otra tesis, ese fundamento será, en efecto, diferente”⁴⁹. En el mismo sentido LARENZ sostenía que los “fundamentos jurídicos de los cuales puede derivar la obligación de indemnizar daños son diversos.”⁵⁰

Finalmente, luego de observar cómo las discusiones sobre la fundamentación de la responsabilidad civil en derecho privado se sucedieron al abandono de la culpa como base del sistema, nace una reflexión sobre el camino recorrido en esta misma materia por la responsabilidad de la Administración, el cual, aunque pudiera haberse replicado, muestra en realidad una senda disímil, marcada en parte por las inquietudes sobre la sustantividad no solo ya de la institución de la responsabilidad del Estado, sino del sistema mismo de Derecho Administrativo.

II. El reconocimiento de la responsabilidad de la Administración y las nacientes inquietudes sobre su fundamento

En contravía de concepciones erigidas en diversos sistemas jurídicos como aquella que sostenía la inmunidad de la Corona basada en la infalibilidad del Rey, condensada en el aforismo *the king can do no wrong*; y del pluricitado apartado de LAFERRIÈRE en el que señalaba, todavía a finales del siglo XIX, que “*le propre de la souveraineté est de*

⁴⁶ GRARE, Clothilde, op. cit., p. 18.

⁴⁷ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit. p. 114.

⁴⁸ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. II, t. 2, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 317.

⁴⁹ MAZEAUD, Henri, et al., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6ª ed, París, 1970, p. 430. Versión en español: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (traducción de la 5ª ed.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

⁵⁰ LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, t. I. (trad. Santos Briz, Jaime), Revista de derecho privado, Madrid, 1958, p. 192.

s'imposer à tous sans compensation"⁵¹; a contracorriente de estas concepciones que personificaban la irresponsabilidad de la Administración Pública, nace y se fortalece la institución de la responsabilidad.

Cuando se refieren los orígenes y el fundamento de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la teoría de la personalidad del Estado y los postulados derivados de la Revolución Francesa son elementos de obligada aproximación. A riesgo de simplificar, queremos destacar ahora la importancia del *Arrêt Blanco*⁵², si bien compartimos la idea de que resulta "cómodo, a pesar de ser ampliamente reduccionista, el ubicar aproximadamente el abandono del principio de irresponsabilidad del Estado en el célebre fallo *Blanco*"⁵³.

Desde entonces quedó dicho y, mejor aún, erigido como una nota fundacional, que la responsabilidad que incumbe al Estado por los daños causados a los particulares "no puede ser regida por los principios que están establecidos en el Código Civil" y que esta responsabilidad tiene "reglas especiales que varían de acuerdo a las necesidades del servicio y a la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos de los particulares". Principios y reglas especiales cuando la responsabilidad que se estudia es la del Estado, principios y reglas especiales que justifican, en parte, que las discusiones en torno a los fundamentos de la responsabilidad del Estado se hayan alejado en ocasiones del cariz de los debates en derecho privado.

Pasaron más de 90 años desde la consagración de la responsabilidad en el Código Civil francés hasta el fallo de la Corte de Casación de 1896 que llevó a SALEILLES a proponer

⁵¹ Lo que llama la atención de esta cita, que es ampliamente citada por la doctrina administrativa, es que está inmersa en un trabajo donde el autor desarrolla precisamente la responsabilidad pecuniaria de la Administración. De manera entonces que para evitar replicar una errada interpretación generalizada en la doctrina, debe recordarse que para ese entonces LAFERRIÈRE no se oponía a la responsabilidad de la Administración, no estaba aún posicionándose a favor del principio de irresponsabilidad, sino que se estaba pronunciando sobre una situación particular, concretada en el análisis de la responsabilidad derivada de las leyes. La cita completa despeja cualquier inquietud: "Es un principio que los daños causados a particulares por medidas legislativas no les otorgan ningún derecho a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es el imponerse a todos sin que pueda reclamarse ninguna compensación. Solo el legislador puede apreciar, de la naturaleza y la gravedad del daño, de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar alguna compensación." LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, 2ª ed., Berger-Levrault, París, 1896, pp. 12 y 13.

⁵² Tribunal de Conflictos, fallo del 8 de febrero de 1873, cf. LONG, Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2015; ver también *Les décisions les plus importantes du Conseil d'État* en: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/Tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-Blanco>.

⁵³ CORMIER, Christine, *Le préjudice en droit administrative français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 228, París, 2002, p. 27.

la relectura de la responsabilidad a partir de una teoría objetiva; sin embargo, no ocurrió lo mismo en materia de responsabilidad administrativa. Tan solo una cuarta parte de ese tiempo transcurrió entre el fallo *Blanco* de 1873 y el fallo *Cames* de 1895 que instauró en Francia un régimen de responsabilidad administrativa sin culpa, con fundamento en el riesgo. Incluso menos tiempo para que desde la doctrina italiana se presentara un ensayo sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad administrativa, a propósito de la responsabilidad directa e indirecta del Estado, basado en la misma categoría del riesgo⁵⁴, escenario que puede explicar el porqué del que la responsabilidad administrativa se haya mostrado siempre más dispuesta a aceptar fundamentos diferentes a la culpa⁵⁵.

Las discusiones sobre el reconocimiento y el fundamento de la responsabilidad de la Administración nacen atadas y siempre muy cercanas al problema de la jurisdicción competente. Para LAFERRIÈRE, las reglas que gobiernan la responsabilidad de derecho privado (artículos 1382 a 1384 del Código Civil) son “doblemente inexactas en derecho administrativo” pues, a pesar de que estas normas hacen depender la responsabilidad de la idea de la culpa, la Administración no es siempre responsable del perjuicio que ha causado por su culpa o la de sus agentes, y porque en ocasiones debe reparar daños que ha causado en uso de sus derechos y sin haber cometido falta alguna. “Estas diferencias profundas en el sistema de responsabilidad pecuniaria, en derecho privado y derecho público, justifican, como lo hemos ya explicado, la distinción de competencias en esta materia.”⁵⁶

El fallo *Blanco*, la piedra angular del Derecho Administrativo⁵⁷, se enmarca precisamente en un problema de competencias entre la jurisdicción administrativa y la *judiciaire*. No es entonces del todo errado sostener que el afán por la escisión de la responsabilidad de la Administración frente a su par de Derecho Civil obedeció en

⁵⁴ Cf. ORLANDO, Vittorio Emanuele, “Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello stato”, en: *Archivio di diritto pubblico*, 1893; ver también ORLANDO, Vittorio Emanuele, *Principii di diritto amministrativo*, 2ª ed., Barbèra, Florencia, 1892. Versión en español: *Principios de derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, pp. 286-293.

⁵⁵ Sobre la especial configuración de la culpa en la responsabilidad administrativa a partir de los conceptos de falla del servicio o funcionamiento anormal volveremos más adelante.

⁵⁶ LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., pp. 155 y ss.

⁵⁷ No entraremos ahora a las controversias sobre el verdadero alcance fundacional del fallo Blanco. Reconocemos, sí, que a partir de entonces se logró por lo menos una sistematización de la materia que, en todo caso, no deja de tener en cuenta soluciones anteriores.

alguna medida a la búsqueda y la justificación de un juez especializado que juzgara las actuaciones de la Administración en el marco de un naciente Derecho Administrativo.

El problema al que se enfrenta una institución de la responsabilidad administrativa autónoma e independiente es una reflexión sobre sus propios fundamentos, sobre el alcance diferencial de sus bases. De las deliberaciones en torno al fallo *Blanco* se han derivado consecuencias significativas diversas en torno a la sustantividad del Derecho Administrativo, a su concepto y fundamento a partir de la noción de servicio público, al juez de la Administración; pero también, y para los efectos que ahora nos atañen, se deriva una importante reflexión sobre el fundamento de la responsabilidad de la Administración Pública⁵⁸.

Hoy vale la pena preguntarse, una vez que estamos en presencia de un Derecho Administrativo autónomo, amplio, presente, con un juez especializado para la Administración, sobre las consecuencias de la pretendida división de la responsabilidad que es el origen mismo del Derecho Administrativo. ¿Cuál es, de la mano de EISENMANN⁵⁹, el grado de originalidad de la responsabilidad administrativa? ¿son sus fundamentos diferentes?

III. Las diversas interpretaciones sobre la fundamentación de la institución de la responsabilidad administrativa: a la búsqueda del fundamento único

Las aproximaciones a la fundamentación de la responsabilidad de la Administración Pública son numerosas, dispares, creativas, novedosas, diversas. Algunas se apoyan en la lesión o daño antijurídico, otras en los llamados factores de imputación, otras lo hacen a partir de una aproximación que escinde el daño y el perjuicio, otras a partir de una división de conceptos jurídicos y “metajurídicos”, riesgo creado, igualdad ante la ley, principio de garantía; en fin, un mundo muy extenso al que trataremos ahora de aproximarnos a través de una lectura de conjunto.

Decíamos ya en la introducción de este apartado cómo la dificultad que pesa sobre el estudio de los fundamentos de la responsabilidad administrativa empieza por la propia

⁵⁸ Cf. SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 174, París, 1994, p. 81, para quien el estudio de los fundamentos está ligado a la discusión sobre la originalidad del derecho de la responsabilidad civil en derecho público.

⁵⁹ Cf. EISENMANN, Charles, “Sur le degré d’originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, op. cit.

concepción sobre lo que por fundamento se tiene. Así, conscientes de que ello supone una simplificación, antes de entrar a analizar cuál es o cuáles son los fundamentos jurídicos de la responsabilidad (B), habrá que observar primero qué entiende la doctrina por el fundamento de la institución (A).

A. Sobre el concepto de fundamento y el entendimiento doctrinal diverso

Merece la pena iniciar este apartado con una cita que da cuenta de lo que se pretende reflejar y que explica el recurso al símil del arco iris referido en la introducción de este trabajo:

“El estudio de los fundamentos de la responsabilidad hace parte de esos estudios que dejan al autor una gran libertad de apreciación [...] **permite a cada uno introducir su propia concepción sobre el derecho de la responsabilidad.** Comprendemos entonces que pueda dar lugar a una **diversidad impresionante de análisis**, cada uno tratando de diferenciarse sobre este punto. La complejidad de las posiciones sobre los fundamentos está además acentuada por la diferencia de puntos de vista entre los autores de derecho privado y de derecho público”⁶⁰. (énfasis añadido).

El fundamento es la *cuestión capital* de un régimen de responsabilidad⁶¹ es su *razón explicativa*⁶².

El fundamento ha sido concebido a su vez como el *principio* y el *elemento común* que debe estar siempre presente para que pueda tener cabida la responsabilidad⁶³.

Es la *razón profunda* que justifica la obligación puesta a cargo de una persona pública de reparar un daño sufrido por un privado⁶⁴.

El fundamento también ha sido interpretado como el *cómo* y el *porqué* de la responsabilidad y la *explicación de las reglas técnicas preexistentes*⁶⁵.

⁶⁰ SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, op. cit., p. 109.

⁶¹ EISENMANN, Charles, *Cours de droit administratif*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983, p. 861.

⁶² *Ibíd.*, p. 800.

⁶³ “El fundamento es el principio único y general de explicación, es entonces al mismo tiempo el denominador común, es decir, la idea que siempre encontramos en todos los casos donde la responsabilidad de los poderes públicos es reconocida”, así lo señala SOULIER, Gérard, “Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique”, en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger*, 1969, p. 1052.

⁶⁴ PHILLIP, Dominique, “De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques”, en: *Revue du droit public*, marzo-abril de 1999, p. 598.

⁶⁵ MOREAU, Jacques, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 7, París, 1957, pp. 19 y 20.

CHAPUS realiza una aproximación bifronte y es quizá uno de los autores quien con más contundencia enfrenta la concepción del fundamento y de su distinción con la *naturaleza jurídica*⁶⁶.

Bajo la égida de las concepciones anteriores el fundamento es único, es una concepción omnicomprendiva de la responsabilidad; no obstante, para quienes no distinguen el fundamento de las condiciones, los fundamentos pueden ser múltiples. BERLIA, en su ensayo sobre los fundamentos de la responsabilidad civil en derecho público, identifica tres fundamentos que “suponen una misma concepción del daño indemnizable”⁶⁷: la culpa, el riesgo y la socialización de riesgos. La importancia de su trabajo radica además en que sostiene la autonomía y la especificidad de la responsabilidad de derecho público basada en la particularidad y especialidad del tercer fundamento con relación al derecho privado.

No entraremos ahora en la definición sobre los conceptos de los títulos o criterios de imputación pues tendremos la oportunidad de volver sobre ellos en detalle en el título II de esta primera parte, dejamos simplemente establecido cómo parte de la doctrina los hace coincidir con el fundamento mismo de la institución. Sin embargo, desde ya, con MOREAU, adelantamos que ni la falla, ni el riesgo, ni el daño especial constituyen el verdadero fundamento de la responsabilidad civil de la Administración, son en realidad condiciones, elementos de su régimen, más concretamente, títulos de imputación⁶⁸.

Desde la doctrina española se ha señalado la importancia de la diferenciación entre el problema del fundamento único⁶⁹ y de los criterios de imputación y el “grave error metodológico” que con frecuencia se comete al tratar de ser “estudiados y tratados

⁶⁶ “De una parte, lo que a nuestro punto de vista importa esencialmente en el régimen de responsabilidad es más bien la naturaleza jurídica; solo la naturaleza jurídica de una responsabilidad puede ser considerada como la que constituye verdaderamente su esencia, (...); la determinación del fundamento de una responsabilidad procede al contrario de una operación puramente intelectual sin consecuencias sobre el régimen de la responsabilidad; al conocer el fundamento de una responsabilidad experimentamos una satisfacción que podríamos llamar de orden afectivo; por el conocimiento de su naturaleza jurídica, aprendemos aquello que es esencial, de importancia, aquello que verdaderamente cuenta en su régimen”. CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de droit public, t. 8, París, 1957, p. 343.

⁶⁷ BERLIA, Georges, "Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français", en: *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1951, p. 687.

⁶⁸ MOREAU, Jacques, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, op. cit., p. 247.

⁶⁹ Cf. ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “La responsabilidad de la Administración Pública”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 19, enero-abril de 1956, pp. 36 y ss.

indiferenciadamente⁷⁰. Ahora bien, el identificar los criterios de imputación con la naturaleza jurídica⁷¹ de la responsabilidad, le permite a LEGUINA concluir que mientras que el fundamento es único, la naturaleza, por el contrario, es diversa. “Diversidad de naturaleza que es una consecuencia precisamente, de la diversidad de criterios que el ordenamiento ha juzgado oportuno adoptar para atribuir cada tipo de hecho dañoso a cada sujeto responsable⁷². Huelga señalar acá las evidentes diferencias que resultan de esta aproximación y la sostenida arriba por CHAPUS.

Especial atención merece EISENMANN, pues fue a partir de su lectura sobre los fundamentos que parte de la doctrina suele seguir un tratamiento dual y ubicar dos categorías y conceptos diferentes: el fundamento mediato y el fundamento inmediato⁷³. El fundamento mediato constituye un principio, una máxima, una categoría “metajurídica”, que puede coincidir con una reflexión de tipo moral o de justicia, el otro fundamento tiene que ver con las condiciones que determinan la obligación y que coinciden con el fundamento inmediato. A partir de esta posición se sostiene que “el conjunto de la doctrina francesa parece haber adoptado la distinción entre el fundamento mediato y el fundamento directo o inmediato^{74/75}”.

⁷⁰ LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 141.

⁷¹ Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad cf. GÜITRÓN GUENTEVILLA, Julián, “¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil?”, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas, Rubinza-Culzoni*, Buenos Aires, 2007, pp. 99-114.

⁷² LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, op. cit., p. 140.

⁷³ Cf. EISENMANN, Charles, “Sur le degré d’originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, op. cit., p. 414 ; ver también VENEZIA, Jean-Claude, “Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l’administration”, en: Amselek, Paul, *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, París, 1986, pp. 212 y ss; WACHSMANN, Patrick, « La définition par Charles Eisenmann de la notion de responsabilité des personnes publiques », en: *Revue de droit public*, núm. 2, marzo-abril de 2016, pp. 449-465.

⁷⁴ FRANK, Alexis, *Le droit de la responsabilité administrative à l’épreuve des fonds d’indemnisation*, L’Harmattan, París, 2008, p. 234.

⁷⁵ Un ejemplo que ilustra esta posición lo constituye BORGETTO para quien: “En efecto, según la manera como se entienda y se utilice, el término fundamento puede reenviar a dos realidades bien diferentes. Entendido de manera amplia puede designar, primero, el conjunto de elementos que permiten comprometer la responsabilidad de la Administración (...) Pero entendido de manera estricta, el término tendría una significación muy diferente: por fundamento debe entenderse una idea máxima o norma susceptible de justificar el principio mismo de responsabilidad; es decir que no reenvía a la idea de explicación causal –es porque hay culpa o riesgo que hay reparación- sino a la justificación de dicha reparación, -por qué, cuando hay culpa o riesgo existe precisamente la obligación de reparar?” BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l’avenir de la solidarité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de droit public, t. 170, París, 1993, pp. 465 y 466.

B. Posiciones disímiles sobre la fundamentación de la responsabilidad

Dada la diversidad de posiciones sobre los fundamentos de la responsabilidad civil de la Administración Pública, se impone un análisis de conjunto, un intento de clasificación de un mundo que es complejo, abundante y fértil. Desde la doctrina administrativa se han intentado estas propuestas de clasificación, en la que nos inspiramos para aventurar una propia que reúna las que nos resultan más significativas.

Para CASSAGNE:

“al desprenderse del Derecho Civil el fundamento de la reparación debida a los particulares por el Estado, se inició un proceso marcado por el predominio de diversas concepciones publicistas [...] Entre estas concepciones pueden mencionarse aquellas que se fundamentan en: a) la expropiación por causa de utilidad pública; b) el sacrificio especial; c) la igualdad ante las cargas públicas; d) el enriquecimiento sin causa; e) los derechos adquiridos; f) el riesgo; g) los principios del Estado de Derecho; h) el principio de restitución proveniente de un deber impuesto por la justicia distributiva; i) la lesión antijurídica resarcible.”⁷⁶

De las nueve categorías recogidas por la doctrina argentina deben hoy dejarse de lado el estudio de algunas que, en pureza, no corresponden al instituto de la responsabilidad civil de la Administración Pública, nos referimos a la expropiación y al enriquecimiento sin causa⁷⁷. Habrá que evidenciar además que las discusiones sobre la justicia distributiva (en oposición a la justicia correctiva) corresponden a lo que hemos llamado marcos conceptuales generales⁷⁸; deberá asimismo agregarse al análisis un fundamento de amplio despliegue doctrinal, la equidad, y habrá que reconducir otros fundamentos a algunos que comparten elementos comunes.

B.1. La culpa, el riesgo y la igualdad ante las cargas públicas

Estos tres conceptos comparten la característica de ser estudiados al tiempo como criterios de imputación y como fundamentos de la responsabilidad. Sobre todos ellos volveremos más adelante en el título II cuando abordaremos sus características particulares, por ahora adelantamos unas reflexiones sobre sus notas de fundamentación.

⁷⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 484.

⁷⁷ La delimitación negativa de estas instituciones cercanas a la responsabilidad civil se desarrolla en el capítulo V del título II de esta primera parte.

⁷⁸ Que serán desarrollados en el capítulo III junto con la concepción derivada del análisis económico del derecho.

Sabemos que la responsabilidad de la Administración Pública nació⁷⁹ atada al concepto de culpa, de *faute*⁸⁰, de falla o funcionamiento anormal del servicio, primero unida a la culpa de sus agentes y luego a un concepto de culpa objetiva de la Administración. Hoy en día resulta pacífico⁸¹ que la culpa no puede erigirse como el fundamento de la responsabilidad en la medida en que esta puede tener cabida como resultado de un hecho en el que no pueda endilgarse culpa alguna al autor del daño, una lógica que por resultar ahora evidente nos dispensa de realizar cualquier reflexión adicional en este sentido. Esta incapacidad de la culpa para sostener toda la estructura reconduce la búsqueda a la responsabilidad objetiva de la Administración.

La responsabilidad sin culpa en Derecho Administrativo recorrió medio camino de la mano de las lógicas del derecho privado para luego emprender sola un viaje autónomo, recorrido que la condujo a través de los conceptos de riesgo y de ruptura de igualdad ante las cargas públicas. Un obrero herido en una fábrica militar que no podía alegar culpa alguna de su empleador, en este caso el Estado, es el contexto que le sirvió al Consejo de Estado francés para instaurar por primera vez la responsabilidad por riesgo. Desde el fallo *Cames*⁸² se ha reconocido la responsabilidad de la Administración basada en las actividades riesgosas que resultan desplegadas en el marco de un servicio público⁸³. El problema que afronta el riesgo como eventual fundamento de la institución es el mismo que tiene que sortear infructuosamente la responsabilidad basada en la culpa, el hecho de enfrentarse a casos donde, las más de las veces, se despliega el instituto de la responsabilidad sin su concurso.

Ni la culpa ni el riesgo, desde temprana época la responsabilidad de la Administración elevó para sí un fundamento autónomo, independiente del derecho privado, con notas típicamente iuspublicistas, el concepto de la ruptura de la igualdad ante las cargas

⁷⁹ Un análisis histórico del desarrollo de estos criterios en derecho público francés se encuentra en SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, op. cit., pp. 117 y ss.

⁸⁰ Cf. DELAUNAY, Benoît, *La faute de l'administration*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 252, París, 2007, quien ubica en 1854 la primera aparición de la *faute de l'administration*.

⁸¹ Por lo menos en mayor medida para la doctrina administrativa.

⁸² Consejo de Estado, 21 de junio de 1895, cf. LONG, Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2015; ver también *Les décisions les plus importantes du Conseil d'État*, en: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/21-juin-1895-Cames>.

⁸³ Riesgo creado, riesgo provecho y riesgo social son derivaciones de esta teoría.

públicas, del cual, uno de los trabajos más completos que se han escrito sobre la materia⁸⁴ ubica a TEISSIER⁸⁵ y TIRARD⁸⁶ como sus precursores⁸⁷.

DELVOLVÉ da cuenta de la situación de “extrema diversidad” en la carga impositiva que en el *Ancien Régime* estaba basada en órdenes y en regiones, frente a la que se reaccionó en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 13 consagra la igual repartición entre los ciudadanos, en razón de sus facultades, de la contribución indispensable para el mantenimiento de la fuerza pública y de la Administración. Con la posterior proclamación de la Constitución de 1946 se agregó una nueva consideración al instituirse la igualdad de todos los franceses ante las cargas que resultan de las calamidades públicas. En torno a esta concepción de igualdad de cargas se alzó una fecunda construcción que tuvo pretensiones de universalidad en el Derecho Administrativo⁸⁸.

A través de un análisis dual DELVOLVÉ primero desmonta la concepción del principio de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas como fundamento y luego como explicación general de la responsabilidad.

“Para que el principio de igualdad ante las cargas públicas sea el fundamento directo de la responsabilidad, tres exigencias deben ser colmadas: los daños deben constituir cargas públicas, toda ruptura de la igualdad debe dar lugar a la reparación, las condiciones de la responsabilidad deben derivar de dicho principio. (...) Estas exigencias pueden encontrarse respecto de ciertas hipótesis pero no de todas.”⁸⁹

Sin pretensiones de exhaustividad, en este punto será suficiente con recordar cómo, si bien los actos regulares y legales de la Administración que causan daños encajan perfectamente en la teoría de la ruptura de la igualdad de cargas, esta tesis falla al tratar de explicar otras situaciones de la responsabilidad sin culpa como la responsabilidad por riesgo, pues los daños derivados de actividades riesgosas no se corresponden en realidad con el concepto de cargas públicas, concepto que se identifica, a su vez, con la idea de

⁸⁴ Cf. DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 88, París, 1969.

⁸⁵ Cf. TEISSIER, Georges *La responsabilité de la puissance publique*, Répertoire Béquet, París, 1906.

⁸⁶ Cf. TIRARD, Paul, *De la responsabilité de la puissance publique*, 1906. Para este autor el verdadero fundamento de la responsabilidad de los poderes públicos, y el único que tiene la autoridad incontestable en derecho público, es el principio de igualdad de cargas.

⁸⁷ DELVOLVÉ señala que el principio no fue expresamente formulado en la jurisprudencia francesa sino hasta 1944.

⁸⁸ La jurisprudencia se apoya especialmente en este principio para explicar situaciones como la responsabilidad derivada de las leyes y las convenciones internacionales, de decisiones administrativas legales y de la inejecución legal de decisiones judiciales.

⁸⁹ DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 235.

una sujeción económica impuesta por los poderes públicos para satisfacer una misión de interés general⁹⁰. De la misma manera, no todos los daños de los que se ocupa la responsabilidad administrativa cumplen con los requisitos exigidos en los casos de responsabilidad sin culpa basada en el principio de igualdad ante las cargas públicas, esto es, sus notas de anormalidad y especialidad⁹¹.

Al final el principio solo permite fundamentar la responsabilidad administrativa en ciertas condiciones precisas. “El principio de igualdad ante las cargas públicas constituye el fundamento de la responsabilidad sin culpa en ciertos casos, pero no en todos (...) su intervención como fundamento de la responsabilidad se halla limitado”⁹².

Luego de descartarlo como posible fundamento de la responsabilidad, el autor se ocupa de dismantelar una eventual concepción de explicación general del sistema, frente a lo que concluye que el tratar de hacer operar el principio de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas en todo el conjunto de la responsabilidad administrativa termina por desnaturalizarlo, conduce tanto a deformarlo como a retirarle su importancia⁹³.

EISENMANN y CHAPUS⁹⁴ se suman a esa amplia posición doctrinal que rechaza la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas como fundamento único de la responsabilidad de la Administración.

Finalmente, de la mano de las conclusiones presentadas por DELVOLVÉ, y a pesar de las limitaciones del principio de igualdad de cargas como fundamento general, debe reconocerse, sin duda, que tras su concepción, el derecho de la responsabilidad

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 246.

⁹¹ El principio de igualdad ante las cargas públicas “no resulta adecuado para fundar la responsabilidad de la Administración. Porque la idea de carga, de sacrificio en que se base el principio, se adapta mal a los daños ocasionados de forma incidental por la actividad administrativa (...) los daños incidentales no pueden ser considerados como una carga, al no venir exigidos por el interés general” GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 8ª ed., Civitas, 2016, p. 177.

⁹² DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 369.

⁹³ *Ibíd.*, p. 419.

⁹⁴ “La pretensión más o menos formal de la doctrina de atar aquello que llaman el fundamento de la responsabilidad de las personas públicas al principio revolucionario es insostenible. Si pretendemos hacerlo intervenir en materia de responsabilidad, cambia enteramente de sentido.” CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., p. 343; EISENMANN, Charles, “Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, op. cit., pp. 429 y ss.; VENEZIA, Jean-Claude, “Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration”, en: Amselek, Paul, *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, París, 1986, p. 214.

administrativa ganó un gran terreno, le abrió campo a nuevas posibilidades de indemnización mejor concebidas y amplió el dominio de la responsabilidad pública⁹⁵.

B.2. La igualdad y la equidad

Cuando se observa la naturaleza disruptiva del daño se comprende mejor que la equidad, o su concreción en el principio de igualdad, se hayan erigido como fundamento de la responsabilidad administrativa. El daño se presenta con sus notas de injusticia, de alteración de un derecho subjetivo o un interés no contrario a derecho, y es precisamente en esa anormalidad que produce en donde se justificaría el instituto completo.

Desde la doctrina alemana MAYER señaló que la indemnización debida por la Administración “no se basa en un hecho ilícito sino en un hecho contrario a la equidad, injusto.”⁹⁶

En la doctrina española, para ENTRENA CUESTA “el único principio que puede invocarse unitariamente para fundar las diversas hipótesis en que a tenor del Derecho vigente la Administración es responsable, es el principio de *igualdad ante la Ley*: (...) el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infligido mediante la correspondiente indemnización.”⁹⁷ (énfasis original)

Una construcción similar se desprende de la doctrina francesa⁹⁸ y de parte de la doctrina argentina, última para quien:

“No se trata sólo de hallar un fundamento estrictamente positivo sino de establecer cuál es el principio general de Derecho Público en que se funda la responsabilidad estatal, se halle él incorporado o no al ordenamiento. Ese principio no es otro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado [...] La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera de la ocurrencia del daño.”⁹⁹

⁹⁵ DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 421.

⁹⁶ MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2ª ed., t. IV, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 218.

⁹⁷ ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 370.

⁹⁸ SOULIER, Gérard, “Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique”, op. cit., p. 1054 ; ver también LELEU, Thibaut, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de droit public, t. 280, París, 2014, pp. 320 y ss.

⁹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 489 y 490.

Las lecturas que sobre este fundamento se realizan, al igual que ocurre con la teoría de la garantía que a continuación abordaremos, empiezan por sumar al análisis elementos que ya nos resultan familiares pues se derivan de otras construcciones. Así, la equidad o la igualdad trae aparejado una lógica de sacrificio dispar, desigual, que pende sobre la víctima del daño de manera disconforme a la situación de otros administrados. No es entonces ninguna novedad el que la igualdad requiera una mirada comparativa sobre varias posiciones, y es en esta lógica donde el principio de ruptura frente a las cargas públicas viene de inmediato a la mente como una remembranza de un fundamento ya construido.

El problema a sortear por este fundamento es que a pesar de que acierta en la situación de desequilibrio generada, falla en las razones que justifican enfrentar la situación de desigualdad que ha producido el daño. El deber de reparar fundamentado en el hecho de que se ha producido una alteración a la equidad, parece dejarnos a mitad de camino en la justificación del porqué de la reacción ante la ruptura de la igualdad¹⁰⁰, en especial cuando un número de situaciones en las que dicha ruptura se produce quedan efectivamente por fuera del cobijo de la responsabilidad civil, para lo que basta imaginar las consecuencias que trae aparejada el concepto de fuerza mayor.

B.3. La garantía

Allende la doctrina privatista que desarrolló la teoría de la garantía, y con significativas notas propias, esta tesis ha tenido un considerable despliegue en el Derecho Administrativo. WALINE, en sus diversos tratados y manuales de Derecho Administrativo, señaló que “debemos admitir que el fundamento de la responsabilidad del Estado y de las colectividades administrativas en general, está dentro de una obligación de garantía.”¹⁰¹

La primera concepción de la garantía viene dada por la responsabilidad del Estado que es siempre la responsabilidad de una persona moral o jurídica, es siempre una responsabilidad por el hecho de otro; así, de la misma manera que la responsabilidad civil por el encargado (en general por el hecho de un tercero) no es una obligación por

¹⁰⁰ La equidad presenta el problema principal de su definición, pero, además, incluso si pudiera llegar a determinarse, la equidad se considera como una cosa “imprecisa, impalpable, elástica, fluctuante”, LELEU, Thibaut, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, op. cit., p. 321.

¹⁰¹ WALINE, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Administrative*, 5ª ed., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 551.

culpa sino el efecto de una obligación de garantía, en el mismo sentido el Estado es garante hacia los administrados de las faltas de sus agentes.

En un sentido similar, para CHAPUS, en la responsabilidad por el hecho de otro y por el hecho de las cosas en derecho privado y en derecho público, se evidencia un fundamento común de garantía. Para este autor, por ejemplo, “el guardián es el garante de los daños causados a la cosa porque él encuentra en su uso un provecho, un interés pecuniario o de otro tipo.”¹⁰²

Para CHEVALLIER “es la garantía de la víctima y no la culpa, que constituye la justificación profunda de la condena al responsable, es entonces el verdadero fundamento de la responsabilidad. [...] la garantía de la víctima es la idea inspiradora de la responsabilidad.”¹⁰³

Desde la doctrina española se pueden encontrar posiciones que se suman a esta construcción y que sostienen que “el fundamento de la responsabilidad es único y descansa en un principio de garantía de la esfera jurídica de los ciudadanos.”¹⁰⁴

La teoría de la garantía así concebida debe recurrir siempre en apoyo a los análisis desarrollados en la teoría del riesgo, de la ruptura de igualdad ante las cargas públicas e incluso de la equidad. Más que un fundamento único parece ser la suma de otras construcciones, un fundamento que podría calificarse como una solución ecléctica si de él no se pudieran predicar las mismas notas de perplejidad que se derivan de la equidad¹⁰⁵. Para comprobar el referido apoyo en otras construcciones pueden ser útiles las propias conclusiones de CHAPUS cuando sostiene que: “la obligación de garantía está justificada por la idea que debe existir una correlación entre las ventajas y las cargas de riesgo de una actividad o de un estado de cosas cualquiera, según el principio de equidad que sostiene el adagio clásico: *Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet.*”¹⁰⁶

¹⁰² CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., p. 320.

¹⁰³ CHEVALLIER, Jacques, *La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative*, J.C.P. 1970, citado por: SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, op. cit., p. 133.

¹⁰⁴ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexa causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 3ª ed, Aranzadi –Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 48.

¹⁰⁵ Notas que nos relevan ahora de avanzar en cualquier consideración adicional sobre el eventual éxito de este fundamento.

¹⁰⁶ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., p. 342.

B.4. La lesión patrimonial - el daño antijurídico

Especial atención merece el concepto de lesión patrimonial, de daño antijurídico como fundamento unitario de la responsabilidad civil de la Administración Pública¹⁰⁷. Es sin duda el Derecho Administrativo español a donde se debe volcar la mirada cuando se explora esta construcción como elemento fundacional del instituto de la responsabilidad administrativa, y es sin duda GARCÍA DE ENTERRÍA la obra que debe encabezar este estudio¹⁰⁸.

Este autor pone en evidencia el esfuerzo de los administrativistas por encontrar un fundamento y la “proliferación de teorías substantivas sobre la responsabilidad administrativa”¹⁰⁹. GARCÍA DE ENTERRÍA construye lo que para él “constituye posiblemente una rigurosa aportación dogmática” a partir de los criterios plasmados en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Como consecuencia de la eliminación de la ilicitud y la culpa como sostén de la responsabilidad, existe una imperiosa necesidad de acudir a un nuevo criterio fundacional que para el caso de la responsabilidad administrativa se constituye en la *lesión patrimonial*. Este nuevo criterio base significa un cambio en la concepción misma de la responsabilidad administrativa al pasar de centrar la atención sobre la acción dañosa para enfocarse en el daño mismo, del autor a la víctima. La naciente construcción de lesión patrimonial lleva de inmediato a enfrentar la necesidad de definir “cuidadosamente el concepto de lesión o de daño para hacerle capaz de soportar el ingente peso que sobre él se echa.”¹¹⁰

El daño que no se está en el deber jurídico de soportar es una definición que desde entonces acompañará la responsabilidad patrimonial de la Administración en España y que hoy sigue siendo un elemento fundacional en diversos ordenamientos jurídicos. En la configuración de la responsabilidad de la Administración en derecho colombiano, por ejemplo, la construcción de lesión patrimonial española ha servido como principal fuente de inspiración. El *daño antijurídico*, como un concepto cercano y paralelo a la lesión patrimonial (cuyas notas particulares tendremos la oportunidad de estudiar), es

¹⁰⁷ Nos ocupamos ahora del concepto de daño como fundamento, sobre el concepto de daño como elemento de la responsabilidad volveremos más adelante.

¹⁰⁸ Cf. en especial GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1989 (la primera edición de su obra es del año 1956); ver también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 14ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 357 y ss.

¹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 166.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 175.

entendido por la doctrina especializada¹¹¹ como el fundamento mismo de la responsabilidad patrimonial del Estado¹¹².

A partir del concepto de lesión patrimonial la doctrina administrativa encontró “el primer dato, por tanto, que hay que tener en cuenta en el sistema español de responsabilidad administrativa, aquél que fundamenta, organiza y da sentido a la entera institución, es el dato objetivo de la lesión antijurídica, entendida como el daño que el particular sufre en sus bienes o derechos sin tener la obligación legal de soportarlo.”¹¹³

El sistema de responsabilidad objetivo que se deriva de esta construcción, de su consagración en las distintas normas administrativas y en la propia Constitución española de 1978¹¹⁴, ha sido objeto de un amplio escrutinio doctrinal¹¹⁵ que en términos generales se preocupa por su hipertrofia¹¹⁶, pues es verdad que fundamentar todo el andamiaje institucional de la responsabilidad administrativa en torno al concepto del daño que no se está en la obligación jurídica de soportar es un reto mayúsculo que ubica en la base un concepto vago y difuso¹¹⁷ para la pesada carga que sobre él se eleva.

B.5. Otros fundamentos

En una clasificación residual estarán ahora ubicadas el resto de teorías sobre las que se ha pretendido fundamentar la responsabilidad, no porque las consideremos menos significativas que las anteriores, sino porque su aceptación y difusión dentro de la

¹¹¹ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 2013., p. 335.

¹¹² El caso mexicano es sin duda otro referente, en especial a partir de la reforma del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2002. Cf. NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 287 y ss.

¹¹³ LEGUINA VILLA, Jesús, “El fundamento de la responsabilidad de la Administración”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, octubre-diciembre de 1979, p. 534.

¹¹⁴ Sobre el origen de la responsabilidad administrativa española y su consagración en la Constitución, ver *infra* capítulo V sobre los fundamentos constitucionales.

¹¹⁵ El inicio del cisma doctrinal en el país ibérico suele ubicarse en un artículo de un civilista quien en sus conclusiones señalaba cómo había “llegado ya el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay deber de soportar”, cf. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en: *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, enero-junio de 1994, p. 253.

¹¹⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 2ª ed., Edisofer, Buenos Aires, 2012, en especial los capítulos IV y V.

¹¹⁷ “(...) la imprecisa ambigüedad de la expresión plantea nuevas cuestiones: ¿cuáles son las causas justificativas que imponen el deber de soportar el daño y, en consecuencia, exoneran a su productor?”, es esta una acertada pregunta que años atrás hacía MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999, p. 362.

doctrina especializada es menor. Estarán acá ubicadas un grupo no definitivo de teorías dentro de las que se encuentran tesis como la protección de los derechos subjetivos¹¹⁸, la voluntad del legislador¹¹⁹, la noción de libertad de acción de la Administración¹²⁰; otras que se ubican en el campo de la filosofía del derecho y que son expuestas a su vez desde su concreción en la responsabilidad administrativa, en fin, el listado continúa, aunque razones de limitación nos lleven a detenernos en este punto.

Como se observa hasta ahora, el camino de un fundamento único no tiene sino desencuentros, la pretensión de la uniformidad es poco menos que utópica. De allí que deban intentarse otras aproximaciones, que quizás por ser más elementales pueden suscitar mayor acuerdo¹²¹.

IV. La lesión patrimonial atribuible: el dato común, el mínimo común denominador

Algo fundamental cambió con la aparición de la responsabilidad sin culpa, el momento mismo en que el fundamento de la institución jurídica deja de ser unitario, da inicio a grandes y fructíferos debates doctrinales que hoy continúan. En últimas, semejante embate (en su acepción literal de golpe impetuoso de mar) que sufrió y resistió la institución de la responsabilidad no podría dejar de tener efectos sobre sus propias bases. Quizás por ello se explique mejor el enfoque que pretende una lectura de conjunto a partir de la verificación de un dato común, transversal, siempre presente, más que sobre el fundamento mismo. Y la búsqueda no puede ser otra que en las bases reformadas, en la parte de los cimientos que soportaron la marea, esto es, en el daño, mejor aún, el daño que se ha causado, en concreto, *la lesión patrimonial atribuible*.

Al pasar de un régimen de responsabilidad afirmado en la culpa a otro en el cual esta no era ya necesaria, la doctrina mayoritaria siguió basando la explicación de la reparación del daño en el instituto jurídico de la responsabilidad civil; así, salvo algunas notables

¹¹⁸ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 122 y ss. Una teoría concebida en derecho privado que tiene aplicación en derecho público.

¹¹⁹ RIVERO, Jean y WALINE, Jean desarrollan un fundamento parcial, al señalar que “cuando la responsabilidad sin culpa sea de origen legislativo, su fundamento es simplemente la voluntad del legislador”, *Droit administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2004, p. 418.

¹²⁰ FRANK, Alexis, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, L'Harmattan, París, 2008, pp. 302 y ss.

¹²¹ Aunque de manera clara y transparente adelantamos que este tratamiento elemental inicial no está desprovisto de una importante repercusión a efectos de la construcción teórica que pretendemos, en especial, de cara a los llamados límites de la responsabilidad administrativa.

excepciones¹²², la institución jurídica de la responsabilidad continuó siendo el armazón que debe soportar la reacción frente al daño. El anterior fenómeno se explica principalmente por la autoría, por la tesis de la agencia, por la modificación del mundo físico por el autor. En el nuevo fundamento objetivo del riesgo, por ejemplo, si bien se elimina la idea de culpa, sí que persiste una actuación desplegada por quien se designa como responsable. Quizás sea esto lo que lleve a la doctrina a afirmar que el s. XX haya sido la centuria dedicada al estudio doctrinal y jurisprudencial de la culpa en oposición al s. XXI cuyo centro de atención es la causa¹²³.

Ubicados ya en el particular campo del Derecho Administrativo, el elemento común sigue siendo la lesión atribuible, esta vez atribuible a la función que despliega la Administración. Así de simple y así de compleja se presenta esta construcción, simple pues acudimos al concepto mismo de lesión atribuible, complejo pues no somos ajenos a las dificultades que de inmediato se presentan al acudir a la noción de función administrativa.

Nuestra propuesta inicial está entonces en observar, con independencia de que se la catalogue como fundamento, una nota característica, un signo distintivo que nos sirva como soporte, si se quiere como lazarillo para poder recorrer el camino que implica el fundamentar una institución de la complejidad e importancia de la responsabilidad civil de la Administración Pública.

Ahora, cuando el Estado reacciona ante daños que no son producto de su actuar, culposo o no, normal o anormal, subjetivo u objetivo, el gran reto está en determinar si la institución de la responsabilidad sigue siendo el armazón que debe explicar la reacción de la Administración ante la aminoración de un patrimonio, no ya porque ha actuado, sino porque exista una supuesta obligación jurídica de reaccionar por medio de un traslado patrimonial. Pensamos ahora en las situaciones donde el daño parece existir (en su acepción de aminoración patrimonial), como en una catástrofe natural que sin duda afecta enormemente el patrimonio de aquellos que pueden ser calificados también como

¹²² Cf. GARRIDO FALLA, Fernando, “La Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en: *Revista de Administración Pública*, núm.119, mayo-agosto de 1989; *Tratado de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 243 y ss. Este autor sugiere escindir los conceptos de la teoría de la responsabilidad y de la indemnización y reservar el segundo a los “supuestos en los que la Administración Pública sacrifica, en ejercicio lícito de sus propias potestades, bienes, derechos o intereses de particulares en beneficio de un interés o una utilidad pública”.

¹²³ ÁLVAREZ OLALLA Pilar, “Imputación objetiva y causalidad jurídica versus criterios de imputación subjetiva”, en: *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2012, p. 1.

víctimas. Varios de los elementos de la responsabilidad administrativa se encuentran presentes, de allí que nos resulte tan familiar y cercano, y que con frecuencia se yerre el camino y se termine acudiendo en apoyo al instituto de la responsabilidad; y decimos familiares, pues sin duda la presencia de un daño y una reacción subsecuente de la Administración para paliar sus consecuencia indeseadas parecerían traer a colación la responsabilidad civil, sin embargo, desde ya adelantamos, para que nos sirva de guía, que la lesión no puede atribuírsele a la función administrativa, no es el resultado de una acción desplegada por la Administración, lo que hace desaparecer nuestro elemento común y en consecuencia obliga a acudir a otra institución jurídica para explicar las razones de la reacción frente al “daño”¹²⁴.

Lo que comparten todos los sistemas de responsabilidad civil es la *lesión atribuible*¹²⁵. Un sistema jurídico de responsabilidad civil podrá llamarse como tal con independencia de que su concepción pivote o no en torno al concepto de la culpa, si se concibe como una responsabilidad de tipo subjetivo u objetivo, incluso si sus criterios de imputación varían; pero no sería un sistema de responsabilidad cuando la lesión atribuible no esté presente, pues en este momento ha desaparecido su soporte, lo que necesariamente implica que debemos acudir a otra institución jurídica cuando, en términos de justicia, se quisiera justificar un traslado patrimonial que realice la Administración (o un particular) como reacción frente a un “daño”.

Acudimos al concepto de *lesión atribuible* pues, a pesar de que jurídicamente el concepto de lesión parecería tener implícita la necesidad de su atribución, es esencial que se traiga a flote y se enfatice la lógica de su origen, no como una reminiscencia de la culpa, ni como una anticipación del estudio de la imputación o atribución de la responsabilidad, sino como una lógica más fáctica, menos jurídica (que tendrá, eso sí, importantes repercusiones jurídicas), pues la lesión tiene que poder ser atribuida a la actividad material o jurídica de otro sujeto, tanto como para que se pueda entender que allí donde se confunde el autor del daño con quien lo sufre no nace la responsabilidad, tampoco allí donde el origen del daño sea una fuerza mayor.

¹²⁴ Las comillas son simplemente el reflejo de los problemas que la concepción misma del daño atañe, y que se harán más evidentes en el capítulo dedicado a su estudio.

¹²⁵ Lesión atribuible, que no daño antijurídico, último que podría llegar a constituirse como un fundamento del sistema de responsabilidad de la Administración Pública, pero que presenta serias dificultades cuando se aplica como concepto general a otro subsistema de responsabilidad como el de Derecho Civil.

Precisamente cuando una lesión patrimonial no puede atribuirse a una actuación u omisión de la Administración, puede que incidentalmente exista un daño, una lesión, pero no ya jurídicamente una responsabilidad, pues no es una lesión atribuible; momento en el cual, insistimos, si se quiere enfrentar esa lesión de un patrimonio por motivos que pueden ser de interés general o de justicia, habrá que acudir a otra institución jurídica¹²⁶. Ser la causa del daño importa a efectos de su reparación, y esto, sobre lo que parece ocioso insistir, se presenta como un elemento significativo frente a tesis que propenden por la adopción de una eventual responsabilidad sin hecho¹²⁷.

No ignoramos, con AMSELEK, que “el problema de saber qué persona pública debe tenerse por responsable no debe confundirse pura y simplemente con aquel de saber qué persona pública es el autor del daño”¹²⁸, nota que nos sirve para evidenciar cómo efectivamente los problemas de causalidad y de imputación traen aparejados un sinnúmero de elementos sobre los cuales existen numerosos desencuentros doctrinales. Se observará entonces que antes que un fundamento, nuestro aporte inicial consiste precisamente en desligar el análisis jurídico inmediato que implica tildar algo como fundamento, e identificar algo más elemental, un dato común. Esta aproximación de notas sencillas responde a la comprobación de que resulta siempre inevitable, en la búsqueda de ese fundamento, que el concepto que se persigue tenga una carga y un alto contenido conceptual jurídico, y es entonces allí donde empiezan los desencuentros.

Pero que no se piense que al tratar de identificar este fundamento común pretendemos derivar de allí toda una teoría general de la responsabilidad, semejante empresa excede por mucho nuestras pretensiones y, seguro, capacidades; lo que tratamos de identificar es ese elemento común que al descender y ascender dentro del sistema (incluso al moverse de manera transversal entre sistemas) esté siempre presente, de tal manera que nos permita identificar que su ausencia implique necesariamente que nos encontramos regidos por otra institución jurídica.

¹²⁶ Se observará luego que esta construcción tiene repercusiones de tal importancia para el sistema que abarca incluso la delimitación negativa de la responsabilidad contractual de la Administración en fenómenos como la llamada teoría de la imprevisión.

¹²⁷ El capítulo V del título II nos permitirá volver en extenso sobre este tema, sin embargo, adelantamos que parte de nuestra propuesta es una reacción decidida frente a las tesis que desde la doctrina francesa se pronuncian en favor de la adopción de la pretendida responsabilidad administrativa “*sans fait*”.

¹²⁸ AMSELEK, Paul, “La détermination des personnes publiques responsables d’après la jurisprudence administrative”, en: Amselek, Paul et al., (eds.), *Études de droit public*, éditions Cujas, París, 1964, pp, 289-376.

Se dirá que la lesión atribuible así concebida puede resultar una formulación escueta, y seguro no faltarán razones para estar de acuerdo con esta afirmación; no obstante, en esta etapa inicial, a no ser que procedamos de esta manera caeríamos en el error común de, al acudir a un concepto jurídico más complejo, si se quiere más elaborado, tratar de desarrollar sus notas implícitas, siempre tan naturales a cualquier institución, lo cual no resultaría problemático si no fuese porque de inmediato habría que poner de presente el camino (todo el camino) tortuoso y normalmente poco pacífico de los razonamientos y justificaciones que existen detrás de esa formulación. Es decir, con un concepto jurídico viene de inmediato toda su carga argumentativa, que pocas veces deja indiferente cuestiones tan naturales al observador como las propias concepciones ideológicas. Esperamos entonces se entienda con esto la necesidad de que en este punto hablemos de un concepto más elemental, lo de-construyamos, eliminemos todos los elementos de distorsión, para observar sus bases, el dato común, la lesión atribuible.

Insistimos que en este punto la atribución es material, no jurídica, no buscamos entonces, por ahora, las razones de imputación o atribución que puedan justificarse en los distintos ordenamientos, pues obsérvese cómo de inmediato se abre una discusión sobre las diferencias conceptuales entre la imputación, la atribución, la imputación fáctica y la jurídica, si la imputación se realiza ya en sede de causalidad o es posterior, y cómo se habrá de tomar partido por una de estas posibles soluciones y justificar como corresponde la elección que se haga. Tratamos entonces, con DÍEZ-PICAZO, de ubicar un elemento de soporte que “no prejuzgue todavía su más íntimo y radical sentido”¹³⁰, el radical sentido que tiene todo el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Finalmente, esta primera aproximación al estudio de la fundamentación de la responsabilidad civil de la Administración Pública nos permite contar con mayores argumentos para afrontar la pregunta que encabeza este capítulo, en especial las inquietudes sobre la posibilidad de un fundamento único. En lo que tiene que ver con la lectura en clave de sistema, las reflexiones que se realizarán en los siguientes apartados nos permitirán un mejor acercamiento, partiendo en seguida del estudio de las funciones, y con los posteriores análisis de los capítulos que conforman el título I, al

¹³⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1987, p. 26.

final de este creemos existirán razones suficientes para posicionarse sobre la posibilidad de un sistema de responsabilidad civil.

CAPÍTULO II. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD Y LAS BASES DE LA INSTITUCIÓN

“Más que una simple función, la reparación es el objeto de la responsabilidad; aún más, es su alma, su razón de ser”¹³¹. Esta afirmación pone el acento sobre el importante papel que en la institución de la responsabilidad civil las funciones cumplen, o deben cumplir, cuando lo que se pretende es el estudio de sus fundamentos; explica bien además porque la delimitación de la responsabilidad civil se aborda con frecuencia a partir del análisis de las funciones que desempeña.

Una vez más, tal y como quedó en evidencia en el capítulo I, el derecho privado es de significativa importancia, pues al ser un debate transversal a la responsabilidad civil de derecho privado y de derecho público, las concepciones diversas sobre la función o las funciones se retroalimentan. Así, podremos observar que en algunos casos coinciden, mientras que en otros se tornan autónomas las funciones de la responsabilidad civil en derecho privado (I) y las funciones de la responsabilidad civil de la Administración Pública (II).

I. Las funciones de la responsabilidad civil en derecho privado

Una anotación inicial, previa al estudio del derecho privado, nos lleva a señalar que al debate sobre las funciones de la responsabilidad civil que se deriva de posiciones doctrinales diversas, debe sumarse un elemento importante de reflexión que está dado por la construcción diferencial que tiene cada ordenamiento jurídico y su diseño institucional. Por ello las “funciones dependen, lógicamente, del concreto alcance y configuración que reciba el sistema de responsabilidad recogido por cada ordenamiento jurídico”¹³². La manera entonces en que el derecho reacciona frente al daño repercute en sus funciones, lo que permite que estas puedan divergir; no obstante, con MIR, creemos que el centro de atención está dado por la reparación del daño, pues una responsabilidad que no repare el perjuicio sufrido no merece ser catalogada como tal, será en todo caso otra institución jurídica diferente.

¹³¹ JUAN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 568, Paris, 2016 p. 160.

¹³² MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 103.

A. Función indemnizatoria

FLEMING nos recuerda en que el derecho primitivo, preocupado más por preservar la paz y por ofrecer un sustituto a la venganza privada, se enfocó en la causación más que en la culpa¹³³. De acuerdo a estas consideraciones, antes de que la responsabilidad se viera impregnada por una lógica moral culpabilística, esta institución se interesaba por la “redirección de una pérdida de la víctima al dañador”¹³⁴. Lo anterior deja claro de entrada la idea que compartimos, que la principal función de la responsabilidad civil es la reparación del daño. El que la responsabilidad civil pueda cumplir, y de hecho cumpla, otras funciones, resulta en ocasiones incidental y en ocasiones deseable, en particular si se piensa en el diseño normativo de la institución; no obstante, dado que reparar es su objeto, su principal razón de ser, esta función tiene un lugar de privilegio que es útil además como principio orientador de toda la institución.

La preeminencia de la función reparadora es una constante en la doctrina de derecho privado “(...) la responsabilidad sigue hoy orientada esencialmente hacia la reparación del daño. Sin duda este objetivo no es el único ni probablemente lo ha sido jamás (...) Sin embargo, no deja de ser el más preponderante”¹³⁵. Una finalidad que además es señalada como una característica común a las ramas de la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual y que será esencial recordar en la segunda parte de este trabajo. Creemos y advertimos así, de la mano de la doctrina privada, que “la función tradicional y principal de la responsabilidad civil es, en efecto, la reparación.”¹³⁶

El propio HART, en su indagación sobre el concepto de derecho, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la función de la responsabilidad extracontractual y sostener que su “objetivo primordial es **resarcir a los individuos los daños sufridos** como consecuencia de la conducta de otros.”¹³⁷ (énfasis añadido).

La mencionada posibilidad de que la responsabilidad civil pueda cumplir otras funciones implica observar los roles diversos que desempeñan cada una de las partes de la relación obligacional. Cuando se pone el acento sobre la víctima del daño, la función indemnizatoria cobra mayor relevancia, tanto como que su perjuicio será la medida

¹³³ FLEMING, John G., *The law of torts*, 9ª ed., LBC, Sydney, 1998, p. 9.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹³⁵ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 447.

¹³⁶ JUEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 162.

¹³⁷ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo- Perrot, Buenos aires, 2004, p. 35.

misma de la reparación. El comportamiento culpable, doloso, intencional del dañador no tiene, en principio, efectos sobre el monto indemnizatorio, es el daño su medida. No obstante, cuando se presta atención al otro extremo de la obligación, otras funciones pueden desplegarse.

B. Función punitiva y sancionatoria

Una responsabilidad que pueda tener una reacción más allá del perjuicio efectivamente sufrido por la víctima es una posibilidad que se encuentra tanto en el origen mismo de la institución¹³⁸, como en ordenamientos jurídicos que en la actualidad contemplan la posibilidad de decretar daños punitivos.

La lógica de pena privada, en oposición a una concepción de pena pública proveniente del derecho penal, es una de las funciones que para STARCK (en sus trabajos ya aludidos) cumple la responsabilidad civil. La función de pena privada pone de presente la sanción por la violación de normas de comportamiento. Pero la discusión no nace por los postulados de este autor, es anterior y se ubica en el debate mismo sobre los fundamentos.

El abandono de la culpa como fundamento de la responsabilidad trajo aparejado el dejar de concentrar la atención en la función moralizadora de la institución. Con la caída y el auge de la responsabilidad sin culpa “hemos preferido indemnizar a regular comportamientos”¹³⁹. Que la responsabilidad sanciona la culpa del autor es una lógica de inmediato evidente en los regímenes de responsabilidad subjetiva, sin embargo, un número creciente de casos de responsabilidad objetiva son un obstáculo a sortear por quienes pretendan que la responsabilidad civil continúe teniendo una función sancionadora, esto a pesar de que la doctrina encuentre razones para insistir en la importancia de la función de pena privada¹⁴⁰.

Cobra particular relevancia en este punto la reflexión sobre el alcance del diseño institucional de la configuración de cada ordenamiento jurídico arriba mencionada, pues sin duda un sistema como el estadounidense que acepta la posibilidad de establecer

¹³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 23.

¹³⁹ GRARE, Clothilde, op. cit., p. 84.

¹⁴⁰ Cf. CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 250, París, 1995.

daños punitivos (que no en pocas ocasiones sobrepasan por mucho el perjuicio sufrido), abre las puertas a una función con una marcada tendencia sancionatoria.

Nos reservamos el ahondar en las diferencias que desde el derecho privado de daños puedan existir en cuanto a las nociones de pena privada y de sanción. De la mano de DíEZ-PICAZO (y en especial para los ordenamientos continentales donde los daños punitivos no suelen reconocerse), bajo una de las interpretaciones posibles del concepto¹⁴¹, creemos que la noción de sanción en todo caso no resulta indiferente a la responsabilidad civil, pues al reaccionar en contra del daño y al hacer soportar sus efectos perjudiciales, no ya a la víctima sino al autor, sus consecuencias terminan por infligir un castigo patrimonial a soportar.

C. Función preventiva

La responsabilidad tiene un efecto preventivo sobre el comportamiento humano, es un efecto que se deriva de la configuración de las normas sobre los daños y sus repercusiones patrimoniales. Así, un ciudadano que conozca las normas que gobiernan la responsabilidad civil tratará de evitar las consecuencias perjudiciales que en su patrimonio puede tener el causar a otro una lesión dañina. Esta función parece en todo caso derivada, subyacente a la función principal de reparación, aunque a diferencia de la sanción goza de una mayor identidad al depender en menor medida del diseño normativo y al ser una consecuencia casi necesaria del hecho de que se establezca un régimen de responsabilidad por daños.

Que la responsabilidad termine “de hecho”¹⁴² previniendo comportamientos, no significa que indefectiblemente deba hacerlo, pues de lo que necesariamente debe encargarse es de reaccionar frente a la injusticia del daño. El hecho de que las normas sobre reparación de daños puedan contribuir a prevenirlos no desdice en absoluto de la

¹⁴¹ “(...) salvo que por sanción se entienda, de forma muy genérica, el anudar a un comportamiento determinadas consecuencias que pueden ser desfavorables para alguien. Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado”, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 26.

¹⁴² Cf. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en: Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 446, para quien “la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en realidad, subproducto fáctico de la compensación”.

indiscutible función de la responsabilidad, su función resarcitoria¹⁴³. Lo anterior es una reflexión que pone de presente la necesidad de acudir a los dictados de la justicia por un lado, y a las respuestas que desde el Análisis Económico del Derecho se han presentado por otro, análisis dicotómico de lo que nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

Esta dualidad de funciones y la importancia relativa de cada una de ellas está puesta de presente por los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, que señalan, allende la función indemnizatoria, su función preventiva¹⁴⁴:

“Art. 10:101. Naturaleza y objeto de la indemnización. La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño.”¹⁴⁵

Decíamos que en la configuración normativa, en el diseño mismo de la institución de la responsabilidad, las razones que observa la prevención pueden ser de significativa observancia, en especial bajo los aportes del Análisis Económico del Derecho¹⁴⁶. De esta manera, prevenir comportamientos y desincentivar determinadas conductas pueden ser objetivos del legislador al optar por un determinado diseño institucional, pero a la hora de la verdad¹⁴⁷, cuando la institución de la responsabilidad civil presta su favor, cuando se despliega para lo que realmente está diseñada, cuando reacciona frente al injusto, cuando se activa el supuesto de hecho, es la indemnización lo que opera por encima de cualquier otra función incidental.

¹⁴³ Nótese que a este punto no hemos realizado ninguna escisión conceptual entre las nociones de indemnización, reparación, resarcimiento, compensación. Si bien somos conscientes de las delimitaciones que existen entre estos conceptos (en particular derivado del derecho de los derechos humanos), sus lógicas diferenciales se tratarán cuando ello se presente necesario.

¹⁴⁴ La prevención y reparación como funciones de la responsabilidad civil tienen hoy además una consagración positiva en un derecho de corte continental como el argentino, que las consagra en los artículos 1708 y ss. de su Código Civil, normativa que entró a regir en el año 2015.

¹⁴⁵ Cf. European Group of Tort Law: <http://www.egtl.org>; ver también MARTIN CASALS, Miquel, “Líneas generales de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, en: *Indret*, núm. 284, mayo de 2005, pp. 23 y ss.

¹⁴⁶ Cf. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 110, para quienes “el Derecho de daños es un instrumento demasiado caro como para despilfarrarlo en simples transferencias de recursos; los accidentes son demasiados numerosos y graves como para no tratar de reducir su número y gravedad por todos los medios disponibles, incluyendo al Derecho de daños.”; ver también SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, en: *Indret*, febrero de 2005, pp. 18 y ss.

¹⁴⁷ “El conflicto es en cierta medida *la hora de la verdad de la norma* (...) es el momento en que la norma tiene que afirmarse frente al ataque, frente a la conducta que pretende imponerse como excepción” PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 15ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2016, p. 15.

D. Función demarcatoria

La responsabilidad civil puede cumplir otras funciones¹⁴⁸, dentro de las cuales se encuentra la llamada función demarcatoria.

La responsabilidad civil enfrenta a la libertad de actuación con la protección de bienes jurídicos¹⁴⁹. Las normas que regulan la responsabilidad civil terminan por delimitar comportamientos, es el derecho de hacer frente a la garantía de los derechos, hasta dónde el actuar libre, cuáles actuaciones terminarán por incidir de manera negativa en otro patrimonio. Límites negativos que impiden la actuación, so pena de ser declarado responsable, y límites positivos que dejan en libertad de conducirse de acuerdo a los dictados de la autonomía privada¹⁵⁰.

La cercanía que esta función conserva con la prevención nos permite avanzar hasta este punto para entrar ahora a observar en qué medida las funciones acá enunciadas tienen efectos en la responsabilidad administrativa y en especial la relectura que sobre ellas debe hacerse para adaptarlas a las notas substantivas propias del derecho público. En todo caso estas breves reflexiones nos permiten entender por qué “con frecuencia las funciones de la responsabilidad (prevención, sanción y sobretudo reparación) se confunden con sus fundamentos.”¹⁵¹

II. Las funciones de la responsabilidad civil de la Administración Pública

Al hilo del estudio de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial en España, para la doctrina especializada “la función de la responsabilidad pública consiste en este caso, no tanto en sancionar una conducta reprochable, cuando en *reparar* objetivamente una lesión cuya víctima no está obligada a soportarla”¹⁵² (énfasis original). Que el

¹⁴⁸ A las funciones referidas debe añadirse la llamada función de cesación del ilícito, que constituiría una función independiente, cf. BLOCH, Cyril, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008 ; VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 95 ; ver también LE TOURNEAU, Philippe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, 9ª ed., Dalloz, París, 2012, p. 3 y ss.

¹⁴⁹ Cf. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, op. cit., p. 103.

¹⁵⁰ Tesis expuesta por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 22.

¹⁵¹ LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 5.

¹⁵² LEGUINA VILLA, Jesús, “El fundamento de la responsabilidad de la Administración”, op. cit., p. 526.

reparar el daño sea la “finalidad esencial de la institución de la responsabilidad”¹⁵³, es la posición dominante de la doctrina administrativa¹⁵⁴, por lo que debe ser el primer objeto de estudio.

A. Función indemnizatoria

En Derecho Administrativo, construida sobre la perspectiva presentada por EISENMANN¹⁵⁵, existe una posición que puede catalogarse de mayoritaria y, que al tiempo que identifica la reparación como función central, rechaza una eventual función sancionatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁵⁶. Esta parte de la doctrina se identifica con la imposibilidad de acercarse a los racionios del derecho privado, pues para tener una lógica sancionatoria la responsabilidad administrativa debería conservar una concepción moralizadora que está ausente en una responsabilidad que se aplica a una persona jurídica.

“Es en efecto una transformación profunda del derecho de la responsabilidad administrativa del que debe tomarse conciencia. El viejo aspecto penal de la responsabilidad considerada como una sanción represiva, que golpea al autor del daño, desaparece poco a poco. Evolución feliz, porque más aún que en derecho privado, esta concepción de la responsabilidad era criticable en derecho público; ella constituía un verdadero sin sentido. [...] Esta responsabilidad no debe presentar más que un problema de reparación, no de sanción. Esto permite comprender porque las consideraciones propias a la víctima –beneficiaria de la reparación y, por consiguiente, centro del problema de la responsabilidad- llegan a tiempo para iluminar el aspecto actual de la responsabilidad de los poderes públicos.”¹⁵⁷

A partir de estas aseveraciones pueden referirse posiciones que rechazan una función de la responsabilidad administrativa diferente a la función de reparación, en especial enfrentada a una eventual función sancionatoria y otras que aceptan que en todo caso la institución “conserva algunas trazas de su viejo rol de sanción”¹⁵⁸. El consenso doctrinal no es en consecuencia absoluto pues pueden encontrarse enfoques que propenden por el

¹⁵³ COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 27ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 595.

¹⁵⁴ Para MIR PUIGPELAT, Oriol, los pronunciamientos de la doctrina administrativa española en este sentido constituyen una posición pacífica sobre la materia, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p.115.

¹⁵⁵ EISENMANN, Charles, “Sur le degré d’originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, op. cit., pp. 443 y 444.

¹⁵⁶ Una posición que acompaña, entre otros, DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d’égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 341.

¹⁵⁷ BENOIT, Francis-Paul, prefacio a MOREAU, Jacques, *L’influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, op. cit., p. VIII.

¹⁵⁸ MOREAU, Jacques, *L’influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, op. cit., 245.

desarrollo de la función de sanción en la responsabilidad civil administrativa a pesar del señalado impedimento que la misma recaiga sobre una persona moral¹⁵⁹.

Con independencia de las miradas dispares desde la doctrina, creemos que reparar el daño sufrido es la función principal de la responsabilidad de la Administración, es su razón de ser, de una importancia tal que le ha valido que se le confunda efectivamente con su fundamento. Insistimos ahora que este elemento es de semejante entidad que al dejar de estar presente desnaturaliza la institución, una responsabilidad administrativa forjada sobre un componente ajeno a la reparación del daño que ha producido la Administración, es en todo caso otra institución que no merece tal apelativo.

Aunque el reparar le permita al tiempo, igual que ocurre en derecho privado, cumplir otras funciones (situación por demás deseable), no desdice del hecho de que la función primordial de la responsabilidad administrativa sea la resarcitoria, elemento útil además como base de la institución, como clave de lectura de todo el sistema, que no puede ser olvidado cuando entren en juego otras consideraciones adicionales como las que tendremos la oportunidad de abordar en los capítulos siguientes.

B. Función reintegradora

En el derecho de la responsabilidad administrativa se activa una función que, a pesar de no estar del todo ausente en el derecho privado, tiene fuerza e identidad especial.

La lesión de derechos o intereses jurídicamente protegidos (en todo caso no contrarios a derecho) en Derecho Administrativo puede tener origen en una variedad de actuaciones administrativas jurídicas o materiales, mejor aún, puede derivarse de reglamentos, de actos administrativos, de contratos de la Administración, de los llamados hechos u operaciones administrativas, en fin, de un número importante de encarnaciones que dan origen a un perjuicio derivado de la acción u omisión de la Administración. En ocasiones la indemnización del daño es suficiente como medida para enfrentar un juicio de responsabilidad, no obstante, en ocasiones, dada la variedad de formas mencionadas y la manera diversa en que se afectan los derechos subjetivos y los intereses, el restablecimiento pleno de la situación del particular implica borrar del mundo jurídico el acto origen del daño, tal y como ocurre con la anulación del acto administrativo o con la

¹⁵⁹ Cf. GOUHIER, Sébastien, *Essai d'une théorie général de la responsabilité en droit administratif*, tésis, París, 2002, en especial el capítulo 1 del segundo título; ver también LE TOURNEAU, Philippe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, op. cit., pp. 144 y ss.

necesidad de adopción de uno diferente. “En estos supuestos la anulación de la resolución ilegal no brinda por sí la tutela específica que precisa el recurrente. El pronunciamiento anulatorio debe ir acompañado, si es jurídica y materialmente posible, de una condena a un *facere* específico dirigida a restituir al administrado su derecho (...)”¹⁶⁰.

Esta reflexión da pie para que se desarrolle un análisis diferenciado entre la tutela reintegradora y la tutela resarcitoria y las consecuencias que vienen enlazadas a su estudio. La función reintegradora de derechos se estudia entonces como una función independiente y diferenciada de la función resarcitoria o de reparación del daño, función reintegradora que tiene un papel sustantivo cuando de lo que se trata es de abordar la responsabilidad patrimonial del Estado.

C. Función de prevención y de demarcación

A pesar de las dificultades conceptuales contra las que se enfrenta una posible construcción de la función sancionadora y por contera punitiva de la responsabilidad administrativa, cuando el juez administrativo aprecia una conducta y ordena el pago de perjuicios termina por indicar aquello que le es lícito y lo que no lo es para la Administración, por lo que la función de demarcación parece estar presente, una función que va muy de la mano de la prevención de futuras actuaciones dañinas, pues es casi que un efecto en cadena el que al tiempo que se delimitan los derechos se comprenden los marcos de actuación no perjudiciales y se previenen consecuentemente futuros daños.

“La Administración está doblemente protegida por el sistema de la responsabilidad por culpa. De una parte, le permite saber en qué límites puede actuar, cuáles son sus derechos y sus deberes [...] la Administración sabrá, en el futuro, qué actitud debe evitar y cuál puede adoptar. Si se abandonara, el juez se privaría de un medio de control importante y le retiraría a la Administración las indicaciones necesarias para esclarecer su comportamiento.”¹⁶¹

Desde la doctrina administrativa española pueden ubicarse posiciones que abogan por un papel más representativo de la función preventiva de la responsabilidad civil de la Administración y que se apoyan en “la finalidad de las normas reguladoras de la responsabilidad civil, que no es otra que la de incentivar comportamientos que

¹⁶⁰ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, en: Cano Campos, Tomas (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. IV, Iustel, Madrid, 2009, pp. 54 y 55.

¹⁶¹ DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 342.

minimicen los costes sociales derivados de los accidentes”¹⁶², para establecer un parámetro de interpretación de los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial pública.

Debemos ahora centrar la atención en posiciones administrativas que instan a diferenciar las funciones de acuerdo al tipo de responsabilidad que opere en cada caso concreto, sea o no la culpa. Así, para FRANK:

“las funciones de la reparación son diferentes según que el juez comprometa la responsabilidad por culpa o sin culpa de la Administración. En el primer caso, la reparación detenta una función moral, comparable con la “pena privada” al igual que existe en el derecho de las obligaciones civiles. Lógicamente, una vocación tal de la reparación está ausente del derecho de la responsabilidad sin culpa.”¹⁶³

Al citar al *Conseil d'État* este autor señala que uno de los objetivos esenciales de la responsabilidad por culpa es sancionar el “error administrativo”.

Esta manera de aproximarse a las funciones de la responsabilidad desde una doble función de disciplinar, de regular la acción de la Administración, por un lado, y la de reparar, por el otro, es compartida por otros autores pues “la sanción de la culpa representa una función de buen orden, de policía de la vía administrativa, de encuadramiento de comportamientos de la Administración y de sus agentes”¹⁶⁴.

En España se ha visto a la institución de la responsabilidad patrimonial como un instrumento que “coadyuva al buen funcionamiento de la Administración”, la responsabilidad termina por establecer de manera indirecta “el nivel, la pauta o cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo o de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”¹⁶⁵. Con anterioridad GARCÍA DE ENTERRÍA había tenido la ocasión de atar a la noción de imputación por culpa, o su versión administrativa francesa de falla del servicio, el hecho que a través de ella “la jurisdicción

¹⁶² DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o culpa?”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre de 2010, p. 230; ver también “Principios de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en: Santamaría Pastor, Juan Alfonso (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 663-701.

¹⁶³ FRANK, Alexis, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 208.

¹⁶⁴ DELAUNAY, Benoît, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 47.

¹⁶⁵ MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., pp. 364 y 365.

administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos.”¹⁶⁶

Se observan entonces los fuertes lazos que unen la demarcación y la prevención, sin embargo, creemos que si bien es verdad que estas funciones tienen una mayor identidad y peso relativo, no son exclusivas de la responsabilidad por falla del servicio o por funcionamiento anormal, pues a no ser que se coincida con la tesis de la existencia de un eventual “derecho a dañar” en cabeza de la Administración, o de un “precio” que se paga en los casos de responsabilidad objetiva (tesis que desde ahora rechazamos¹⁶⁷), los daños que se originan en la actividad de la Administración son siempre daños accidentales indeseados, de lo contrario deben entrar a formar parte de una lógica expropiatoria de derechos, y, aunque no pretendemos adelantar ahora la discusión de fondo entre la delimitación de la responsabilidad administrativa y la expropiación, lo cierto es que, dado que estos daños son siempre adventicios, en la medida en que se conocen, se decretan y en que el juez se pronuncia sobre ellos, la lógica de demarcación y de prevención de futuros daños opera también en la responsabilidad objetiva. Por ello, puestos frente a las funciones adicionales que puede cumplir la responsabilidad, no deberán tratar de prevenirse solo los daños que integran el funcionamiento anormal sino también aquellos que son el resultado del funcionamiento normal de la Administración, toda vez que sus consecuencias patrimoniales son igualmente indeseadas.

Finalmente, a propósito de la función de prevención, MIR encuentra en la acción de regreso contra el agente administrativo que ha causado el daño un refuerzo notable del carácter preventivo del sistema español de responsabilidad¹⁶⁸. Una perspectiva que puede predicarse de ordenamientos jurídicos donde existen figuras análogas como el caso de la llamada acción de repetición en el derecho colombiano. Así, para la Corte Constitucional la acción de repetición tiene fines “preventivos y retributivos”¹⁶⁹, pues ayuda, entre otros, a promover que el servidor público tome conciencia de la importancia de su misión y del cumplimiento de sus tareas al tiempo que enfatiza la

¹⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 211.

¹⁶⁷ Para una visión contraria ver LOCHAK, Danièle, “Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation”, en: Lochak, Danièle, et al., *Le droit administrative en mutation*, Presses Universitaires de France, París, 1993, pp. 306 y ss.

¹⁶⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 116.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-957 de 2014.

importancia de la defensa del patrimonio público. Por su parte, el Consejo de Estado colombiano encuentra en la prevención una de las “funciones modernas de la responsabilidad” que supera la netamente indemnizatoria¹⁷⁰.

D. Otras perspectivas

Se ha señalado que la función de la responsabilidad “no es unívoca”¹⁷¹, lo que abre paso a otros acercamientos. A modo de ejemplo, una aproximación (sobre las que volveremos enseguida) observa en la responsabilidad civil de la Administración, además de sus funciones jurídicas, funciones políticas¹⁷².

Antes debemos pronunciarnos sobre una eventual función asistencial del instituto de la responsabilidad civil que se encuentra a mitad de camino entre la responsabilidad civil de derecho privado y de derecho público. DÍEZ-PICAZO, al estudiar las funciones del derecho de daños, dentro de los problemas de fundamentación de la institución, reflexiona sobre los llamados sistemas asistenciales. Para este autor “tampoco pertenece en rigor, al sistema de responsabilidad civil extracontractual, porque no cumple una función estrictamente indemnizatoria, el conjunto de supuestos en que el Estado reconoce o instaura fórmulas de ayuda y asistencia a las víctimas de determinados daños”¹⁷³, dentro de los que ubica los daños derivados de acciones terroristas y el sistema asistencial para las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Compartimos esta posición que resulta además significativa al momento de delimitar la institución de la responsabilidad civil de la Administración. En los casos donde hay ayuda y asistencia humanitaria se puede estar desempeñando la pretendida función asistencial, solo que esta ayuda no pertenece al instituto de la responsabilidad civil administrativa, porque en este caso, y desde el estricto punto de vista de las funciones que desempeña la responsabilidad, la función indemnizatoria del daño ocasionado ha desaparecido¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 18.364.

¹⁷¹ MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., p. 360.

¹⁷² GOUHIER, Sébastien, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en droit administratif*, op. cit., pp. 47 y ss.

¹⁷³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 62; ver también *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pp. 57 y 58.

¹⁷⁴ Desde la doctrina administrativa también se ha rechazado una eventual función asistencial de la responsabilidad patrimonial. Cf. MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, op. cit., p. 53.

Dentro de las aproximaciones diversas sobre las funciones, nos resulta de particular interés la propuesta por GOUHIER, pues a pesar de que no compartamos muchas de sus conclusiones, es una mirada que propone una visión alternativa.

En el estudio de las funciones de la responsabilidad en Derecho Administrativo este autor divide su análisis entre las que considera las funciones políticas y las jurídicas. Dentro de las funciones políticas, la responsabilidad “permite el desarrollo legítimo de la actividad pública. Ella hace soportable el conjunto de riesgos sociales generados por la vida en grandes colectividades”¹⁷⁵. Concluye este autor que:

“el error cometido por la doctrina ha sido el creer que podemos servirnos de las funciones para clasificar casos de responsabilidad, como si cada caso no respondiera sino a un tipo de preocupación. Lejos de permitir una clasificación indiscutible de las hipótesis de responsabilidad, el estudio de las funciones permite percibir la relativa unicidad de las responsabilidades. En definitiva, nos parece que en derecho público ella cumple siempre tres oficios diferentes según el actor de su formación. Para los autores del daño es una sanción [...] Para las víctimas es un seguro de que la vida conserva sus derechos a pesar de los errores humanos, una promesa respetada. Finalmente, proporciona un instrumento de legitimidad para los gobernantes [...]”¹⁷⁶

Al final la construcción le sirve al autor para justificar la autonomía de la responsabilidad civil de la Administración Pública, pues si bien las funciones jurídicas se asemejan en los casos de responsabilidad civil de derecho público y privado, a partir de las funciones políticas que cumple la responsabilidad administrativa se observa una nota de sustantividad. Es una construcción teórica que propende por la autonomía de la responsabilidad de la Administración, no a partir de los “lejanos principios fundamentales que son comunes a todas las ramas del derecho”, sino a partir de la situación particular de cada actor, y en el caso de la Administración, a partir de lo que el autor llama la tesis contractualista y la ruptura del contrato social que se genera con el daño, a partir de la violación de los derechos individuales estipulados a favor de la víctima en el pacto social¹⁷⁷.

A este punto se comprende que se haya señalado que “sanción, reparación, prevención o reparación, sanción prevención. Tales son los fines asignados a todo sistema de responsabilidad. Se trata de un orden que varía en función de concepciones jurídicas y

¹⁷⁵ GOUHIER, Sébastien, op. cit., p. 147.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 267.

¹⁷⁷ En un sentido similar se expresa LE TOURNEAU cuando observa en la responsabilidad de la Administración Pública un “principio de legitimidad de la acción administrativa”, LE TOURNEAU, Philippe et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, op. cit., p. 79.

morales”¹⁷⁸. Cuando MARTÍN REBOLLO señaló que la función de la responsabilidad no es unívoca, concluyó además que “la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que podríamos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva.”¹⁷⁹. Merece la pena traer a colación esta idea en este punto pues pone de presente la necesidad de acudir a las reflexiones en torno a la concepción misma de la justicia cuando de lo que se trata es de enfrentar la multiplicidad de reflexiones que se derivan del estudio de la responsabilidad.

Al finalizar el análisis de los fundamentos de la responsabilidad civil y de sus funciones, esperamos se comparta la sensación, que se siente en el aire, de una idea que supone que en el estudio de esta institución jurídica, cuando se pretende una concepción completa, hay que pasar, antes del análisis del régimen de la responsabilidad y del estudio de sus condiciones técnicas de existencia, a descubrir la filosofía que la inspira. “Cuando hablamos de fundamento de la responsabilidad, se trata de una cosa más profunda, se trata de la justificación primera de la existencia de una responsabilidad administrativa”¹⁸⁰. Por ello, antes de entrar al estudio de los fundamentos inmediatos, de sus condiciones, debemos enfocarnos en observar aquello que con tanto acierto se catalogó como el fundamento “metajurídico”. Al hilo de esta reflexión se entiende por qué la búsqueda del fundamento de la responsabilidad se debe adelantar por los senderos de la institución que pertenecen a la teoría general del derecho, y, por ese camino, en un mayor grado de abstracción, “más hacia arriba”, hacia la propia filosofía del derecho.

Así mismo, si se observa cómo para EISENMANN, si bien el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, dado que su función “remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone la obligación de reparar”¹⁸¹, se entiende que estas reflexiones justifiquen a su vez que la fundamentación de la responsabilidad civil de la Administración no pueda dejar de explorar las tesis

¹⁷⁸ FRIER, Pierre-Laurent et PETIT, Jacques, *Précis de droit administratif*, 6ª ed., Montchrestien, París, 2010, p. 501.

¹⁷⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., pp. 360.

¹⁸⁰ SOULIER, Gérard, “Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique”, op. cit., p. 1052.

¹⁸¹ En todo caso a los fines perseguidos por el legislador cuando diseña la institución y delimita el comportamiento dañino y el derecho actuar y a no ser dañado.

derivadas del Análisis Económico del Derecho y sus propuestas alternativas que en particular son útiles frente a la prevención del daño. Por ello, las lecturas que contraponen esta explicación del derecho de daños desde el análisis económico a las tesis derivadas de las teorías filosóficas de la justicia, serán el objeto de estudio del siguiente apartado.

CAPÍTULO III. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: DOS MARCOS CONCEPTUALES PARA FUNDAMENTAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL

¿Qué constituye el núcleo y las características principales de la responsabilidad civil extracontractual? ¿Cómo opera en la realidad la responsabilidad civil? ¿Cómo se desarrollan y explican sus lógicas internas? ¿De qué manera se afrontan los problemas que la responsabilidad civil trata de solucionar? Estos interrogantes, y otros de similar talante, han estado presentes y han acompañado a la institución desde el momento mismo en el que el derecho ha permitido reaccionar ante los daños sufridos por la actuación de otro. La forma cómo se abordan estos cuestionamientos suele variar de conformidad con posturas como las que aceptan o rechazan la existencia de una responsabilidad exenta de culpa o la posibilidad de concebir y adjudicar daños punitivos; pero también varía, y de hecho lo hace en mayor grado, cuando el foco de atención no está en particularidades internas de la institución, sino en la manera como la institución misma se concibe.

Un observador atento quizás haya notado que hasta este punto la mayor parte de los análisis puestos en consideración derivan de discusiones que tuvieron lugar desde ordenamientos jurídicos y desde la doctrina continental europea. Ha llegado el momento de cambiar por un tiempo el principal foco de atención, esto pues, difícilmente un estudio sobre los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual, sea de derecho privado o público, puede pasar por alto los desarrollos teóricos que tuvieron lugar desde la década del 60 del siglo pasado, principalmente en países pertenecientes al *Common Law*, y en particular en los Estados Unidos de América.

En la década de los 60 tuvo origen una forma sistémica de tratar de enfrentar los problemas de los que se encarga el derecho a partir del convencimiento de que la economía es una poderosa herramienta que no puede dejarse de lado cuando de lo que se trata es de ofrecer respuestas a situaciones que emergen de personas que interactúan en sociedad. El análisis económico empezó entonces con particular fuerza a convertirse en un marco conceptual para razonar sobre situaciones de las que típicamente se ocupa el derecho, donde la responsabilidad civil extracontractual (*the law of torts*), ha tenido sin duda un lugar de privilegio.

Conceptos esenciales propios de la microeconomía como el precio, los mercados, la maximización de la utilidad, la racionalidad económica, la distribución de recursos escasos, comenzaron a hacerse más familiares para quienes se ocupaban de estudiar el derecho de daños¹⁸².

Lo que el Análisis Económico del Derecho (AED) ha representado para la responsabilidad civil constituye toda una manera alternativa de ver el mundo del que se ocupa, unos lentes que colorean todas las reflexiones, las preguntas y respuestas que trata de asumir.

Era de esperarse que la novedosa y atractiva construcción teórica tuviera detractores. Así, como una réplica al AED, se encuentra otra corriente que proporciona una lectura sistémica divergente, esta, con un nombre quizás menos generalizador, podemos llamarla como la filosofía moral o la corriente de teorías que se basan en la justicia. En un lado se ubica una concepción que se basa en la maximización de recursos y la eficiencia, mientras que en el otro lado se encuentra una concepción que se basa en nociones morales como la justicia, la equidad, la libertad, la igualdad y la reciprocidad¹⁸³.

En un primer momento los dos marcos conceptuales fueron vistos como incompatibles, como un choque monumental de dos grandes teorías sobre la responsabilidad entre los llamados economistas y los moralistas; aproximaciones posteriores han enarbolado algunos elementos de compatibilidad. Lo destacable es valorar cómo, en conjunto, constituyen esfuerzos por analizar la responsabilidad civil bajo un marco conceptual, bajo un sistema.

Una nota final debe ser estatuida antes de entrar a explorar el aporte de cada uno de los paradigmas conceptuales. Es el hecho de que los análisis suelen estar contruidos muy de cerca a lo que constituye la responsabilidad civil de derecho privado. Como quedará en evidencia, quienes tienen algo que decir, normalmente lo hacen en una relación que

¹⁸² Sobre las nociones fundamentales en las que se apoya el análisis económico se puede consultar, en especial, POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 8ª ed., Aspen, Nueva York, 2010. Versión en español: *Análisis Económico del Derecho*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

¹⁸³ Una presentación general de la responsabilidad civil desde ambas teorías se encuentra en PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014; ver también FABRA ZAMORA, Jorge, “Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 21-117.

involucra a la actuación de un particular que causa o potencialmente puede causar daños a otro. La responsabilidad de las autoridades públicas, en observancia de su propia naturaleza, en ocasiones oscurece el panorama que se trata de aclarar, las ideas derivadas no parecen aplicar más que a un agente privado, la naturaleza pública del agente dañador turba las conclusiones que puedan extraerse, no obstante nos ocuparemos de estos marcos conceptuales pues de ellos, en especial de sus diferencias y desencuentros, terminan por derivarse elementos fundantes y característicos que hacen a la responsabilidad civil lo que es, y que al estar ausentes nos impiden que el remanente sea identificado como la misma institución jurídica.

I. La responsabilidad civil extracontractual y el Análisis Económico del Derecho

La literatura sobre el AED es hoy en día un extenso universo. Mientras que los cursos de filosofía del derecho han acompañado la estructura curricular universitaria casi desde sus inicios, la construcción del análisis económico y su estudio académico sistemático es un fenómeno mucho más reciente, lo que no ha impedido que tenga un amplio despliegue y un número considerable de simpatizantes.

Que el derecho y la economía compartan intereses comunes no es un asunto de mayor novedad, después de todo “es fácil ver la afinidad natural que existe entre el derecho y la economía: ambos comparten el objetivo de comprender la conducta humana, entender las instituciones sociales y mejorar su funcionamiento”¹⁸⁴. Lo que en realidad ha sido novedoso es el tipo de análisis que se desarrollaron después de trabajos pioneros como los presentados por COASE¹⁸⁵ y CALABRESI¹⁸⁶.

En términos muy generales y abstractos, de lo que se ocupa el cuerpo de teorías desarrolladas desde el AED es de analizar la interacción de los individuos dentro de un sistema de normas, a efectos de evaluar los resultados sobre el comportamiento que una estructura normativa puede tener. Las normas son percibidas como incentivos (o desincentivos) para la acción, por ello los resultados que se estudian, o que se esperan lograr, dependen fuertemente del tipo de incentivos creados.

¹⁸⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, op. cit., p. 8.

¹⁸⁵ Cf. COASE, Ronald, “The problem of social cost”, en: *Journal of Law and Economics*, v. 3, octubre de 1960, pp. 1-44.

¹⁸⁶ Cf. CALABRESI, Guido, “Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts”, en: *The Yale Law Journal*, v. 70, marzo de 1961, pp. 499-553.

Desde sus propios orígenes el AED se ha interesado de manera especial por la responsabilidad civil extracontractual. Aunque el propio *teorema de Coase* se ocupa principalmente de los problemas de costos de transacción y asignación de derechos de propiedad, detrás de ello es fácil ver cómo lo que existe es lo que la propia escuela suele llamar los derechos a dañar y a no ser dañado.

Una versión simplificada de los postulados que se derivan de la propuesta de COASE puede sintetizarse de la siguiente manera: una actividad económica puede generar externalidades, como las que se generan en el ejemplo clásico al que se suele acudir de una fábrica que emite ruidos, vierte residuos a las fuentes hídricas o contamina el aire. Una forma de enfrentar esas externalidades es mediante una regulación estatal, que puede, o bien obligar a la planta a indemnizar los daños que produzca; o a instalar mecanismos de producción limpia, como un filtro que evite la contaminación ambiental; internalizar el costo a través de un impuesto; o incluso puede prohibir la actividad productiva en su conjunto; la solución a las externalidades viene dada en estos casos por la intervención de las autoridades públicas. Sin embargo, COASE sostiene que la solución, la más eficiente, no tiene que necesariamente provenir de la regulación o una solución estatal, sino que las propias partes involucradas, dependiendo de los costos de transacción, pueden llegar a una salida que en ocasiones puede resultar más óptima. La solución en manos del Estado no es necesariamente mejor de la que se puede llegar en el mercado, de la que pueden alcanzar las partes, en realidad la solución más eficiente depende al final de los costos involucrados.

Para COASE la forma tradicional de abordar el problema erraba en el hecho de solo considerar una visión unidireccional, si A infringe un daño a B, la forma tradicional lleva a decidir si A debe o no ser restringido, sin embargo, esta forma falla en observar que el problema es en realidad de naturaleza recíproca, pues el evitar el daño de B implica ocasionar un daño a A, por ello “la pregunta real que tiene que ser decidida es: debe a A serle permitido dañar a B o debe a B permitírsele dañar a A? El problema es evitar el daño mayor.”¹⁸⁷

Lo que COASE sostiene es que en ausencia de costos de transacción, es indiferente a quien se le otorgue el derecho, pues el resultado obtenido por la negociación de las

¹⁸⁷ COASE, Ronald, op. cit., p. 2.

partes será siempre el más eficiente, si las partes pueden negociar libremente el resultado siempre será el mismo¹⁸⁸.

Una actividad que produce daños, como una máquina que genera vibraciones y ruidos que impiden el desarrollo corriente y tranquilo de las consultas que normalmente tiene un doctor en una oficina adyacente, es uno de los ejemplos a los que acude el autor. En el caso estudiado el resultado fue impedir que la máquina siguiera produciendo los ruidos que afectaban el desarrollo sereno de la actividad desplegada por el médico, sin embargo, es posible pensar que el médico renuncie a su derecho si la fábrica productora le pagara lo que deja de recibir por realizar las consultas o por cambiar el lugar a otro donde no se viera afectado por el ruido; la solución más eficiente no está en evitar el daño sino en permitir que las partes negocien. Al final la solución del problema termina por depender de que lo que produzca la actividad económica sea mayor que lo que pierde el médico.

Lo que hasta este punto nos resulta más relevante y que debe rescatarse es ver cómo en el análisis agregado que propone COASE “lo relevante es la suma total de excedentes, por lo que las pérdidas de algunos no son decisivas al evaluar un estado social si son superadas por las ganancias obtenidas por otros”¹⁸⁹. Esto lo que pone de presente es que la solución se hace depender del hecho de que las ganancias puedan cubrir las pérdidas; si ello llega a ocurrir, en ocasiones el daño debe ser permitido dado que la actividad que lo genera puede pagarlo, lográndose con ello una mayor eficiencia en la sociedad. No hay, si se mira atentamente, nada intrínsecamente errado, injusto, inmoral, ruin, en la producción del daño, el daño puede permitirse si luego es compensando eficientemente.

La minimización de los costos de los accidentes¹⁹⁰ es otro de los elementos más significativos que se desprenden del estudio del AED. “Como quiera que los daños representan desventajas sociales, pérdidas de utilidad y son, en sentido económico lo contrario de los bienes (en inglés se habla de *bads*, en contraposición a *goods*), los objetivos que debe perseguir un análisis económico es evitar reducir en la mayor

¹⁸⁸ Al realizar un análisis numérico de la transacción que tendría lugar, al que la gran mayoría de la literatura especializada suele acudir, es fácil observar cómo efectivamente las partes llegarán siempre al resultado económicamente más eficiente.

¹⁸⁹ PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 65.

¹⁹⁰ Cf. CALABRESI, Guido, *The cost of accidents*, Yale University Press, New Hagen, 1970. Versión en español: *El costo de los accidentes*, Barcelona, Ariel, 1984.

medida posible los daños”¹⁹¹. Esta línea argumentativa lo que pretende enfatizar es que al momento de determinar el coste de los accidentes y de asignarlos a las actividades que las generan, los precios de dichas actividades deben tener en cuenta el resultado de internalizar estos costos, por ello los agentes económicos, al decidir emprender o no una actividad, estarán influidos, entre otras razones, por los accidentes que su actividad productiva pueda ocasionar. En lugar de enfocarnos sobre el problema de si A debe o no compensar a B, como sociedad debemos preocuparnos por el qué hacer con los accidentes en su conjunto, debemos tratar de minimizar sus resultados y el costo de prevenirlos. El costo de los accidentes se podrá reducir en la medida en que se creen reglas de responsabilidad que propendan por la eficiencia, como la que señala que quien debe cargar con el costo es la parte que está en la mejor condición de prevenirlo o evitarlo, la parte que puede hacerlo más económicamente (*the cheapest cost avoider*).

Finalmente, en la misma línea del análisis de los costos, y como una herramienta comúnmente enarbolada desde el AED, se encuentra la pluricitada fórmula del juez Learned Hand, que es utilizada para explicar en términos económicos la negligencia de los agentes. Bajo esta concepción, desarrollada en el conocido caso *United States v. Carroll Towing Co.*, la negligencia de un agente está dada por una fórmula algebraica que tiene como objeto el enfrentar los costos de prevenir un daño, los costos derivados de su producción y las posibilidades de su ocurrencia. En aplicación de la fórmula de Hand, una parte será hallada negligente, y por consiguiente responsable, si el costo de adoptar las precauciones debidas es inferior al costo de los daños resultantes multiplicado por la probabilidad de ocurrencia. “Lerned Hand sugirió que cuando los costos de prevenir un accidente sean menores que la pérdida esperada (descontada apropiadamente por la probabilidad de que el accidente ocurra), es negligente no tomar acciones preventivas”¹⁹². No existirá en consecuencia negligencia cuando los costos de prevenir sean mayores que las pérdidas esperadas, pues en ese momento deja de ser eficiente el tomar medidas precautorias. Corolario de lo anterior es el hecho de que para los partidarios del análisis económico lo importante es que el demandado sea penalizado por haber fallado en la toma eficiente de precauciones.

La fugaz mirada a las anteriores nociones exhibidas desde el AED se nos muestra suficiente para revelar la forma diferencial en la que esta escuela enfrenta los problemas

¹⁹¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, op. cit., p. 208.

¹⁹² BARNES, David y STOUT, Lynn, *The economic analysis of tort law*, West Publishing, St. Paul, Minesota, 1992, p. 37.

derivados de la responsabilidad civil extracontractual. Nuestro interés no está en avanzar sobre estas nociones sino en indicar cómo la lectura a través de estos anteojos en ocasiones no solo no permite una visión más nítida de la realidad, sino que parece incluso deformarla, lo que no es óbice para reconocer su significativa importancia, además de aceptar que “de no haber sido por las interpretaciones económicas del derecho de daños, seguramente no hubiese surgido como respuesta la valiosa literatura filosófica que se desarrolló a partir de 1970. La teoría económica es realmente atractiva, pero a fin de cuentas no logra ofrecer una explicación consistente de los conceptos que dan forma a la responsabilidad extracontractual.”¹⁹³

A este punto se entenderá por qué (esto de la mano de parte de la doctrina española tanto pública como privada que se ha ocupado de la responsabilidad civil), si bien el AED no suele descartarse de plano como marco conceptual interpretativo, tampoco termina por ser enteramente adoptado¹⁹⁴.

“Sin perjuicio de que los resultados de los estudios realizados bajo este prisma no pueden en absoluto desdeñarse, no puede desconocerse que en España el juez que conoce un pleito de responsabilidad por daños no está llamado a adoptar la solución que, previsiblemente según un análisis económico, pueda ayudar a evitar futuros accidentes y controversias; sino la que requiere el asunto enjuiciado para, mediante la aplicación de normas, resolver lo que es justo en un conflicto específico entre sujetos concretos.”¹⁹⁵

II. La responsabilidad civil extracontractual y sus fundamentos filosóficos (las teorías basadas en la justicia)

Aunque resulte una paradoja sobre el alcance y el rendimiento del AED para convertirse en un marco conceptual que permite entender la responsabilidad civil, es en torno a sus críticas, a los puntos que omite, a las consideraciones en las que falla al tratar de explicar la práctica de la institución, donde más útil nos resulta el AED a efectos de la fundamentación de la responsabilidad civil. Esto es así pues al haber generado, a modo de respuesta, toda una corriente teórica alternativa, basada en líneas conceptuales sustancialmente diferentes, se ha mostrado que hay elementos de la responsabilidad que son tan esenciales que al dejar de estar presentes desnaturalizan de tal manera lo que se

¹⁹³ PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 11.

¹⁹⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, op. cit., p. 208.

¹⁹⁵ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, op. cit., p. 52

estudia que el remanente ya no nos resulta familiar, lo que queda se nos presenta tan extraño que parece que hayamos abandonado el objeto mismo de estudio del cual nos ocupábamos desde el inicio.

“[...] hay aspectos de la responsabilidad extracontractual que son tan generales y extendidos que resultan indispensables para nuestra concepción de qué es el derecho de daños. Describen la responsabilidad extracontractual en el sentido literal de que brindan rasgos identificatorios de su carácter distintivo. Si fuesen totalmente eliminados, ya no podríamos reconocer el remanente como responsabilidad extracontractual. Estas características constituyen conjuntamente la estructura fundamental del derecho de daños. Dado que nos es imposible concebir la responsabilidad extracontractual sin ellas, una teoría del derecho de daños es necesariamente una teoría de estas características [por ello] para que algo cuente como derecho de daños debe tener ciertas propiedades o atributos.”¹⁹⁶

Al igual que ocurrió con el AED, las discusiones sobre los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil han tenido amplio desarrollo en la literatura especializada norteamericana, *the philosophy of tort law* es un área donde se encuentra una enorme cantidad de trabajos y reflexiones. Si bien es verdad que las consideraciones filosóficas sobre esta materia datan de antaño, y pueden rastrearse incluso en las cavilaciones de ARISTÓTELES¹⁹⁷, desde la segunda mitad del siglo XX su interés y desarrollo ha sido exponencial.

En términos generales “las teorías basadas en la justicia se centran en estudiar la responsabilidad extracontractual como una relación que existe entre los dañadores y las víctimas, y no como la búsqueda *ex ante* de la eficiencia o la minimización de costos.”¹⁹⁸

Dentro de las teorías basadas en la justicia suele existir acuerdo en el lugar de privilegio que ocupa la llamada justicia correctiva, la cual tiene un papel revelador en cuanto a la fundamentación de toda la discusión teórica. “Por lo menos en la filosofía del derecho del mundo anglosajón, **la idea de justicia correctiva es tomada como el principal fundamento de la responsabilidad civil extracontractual**”¹⁹⁹ (énfasis añadido).

¹⁹⁶ COLEMAN, Jules, *Risks and wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2002. Versión en español: *Riesgos y daños*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 209.

¹⁹⁷ Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libro V, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

¹⁹⁸ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, op. cit., p. 60.

¹⁹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, “Presentación”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 15.

Que la justicia correctiva tenga hoy el peso que tiene es un indicador suficiente de la importancia que su estudio representa para cualquier análisis que pretenda pronunciarse sobre los fundamentos de la responsabilidad civil, incluso cuando es la responsabilidad del Estado la que está en consideración. Al observar en la actualidad el gran número y la profundidad de reflexiones a las que se han llegado desde esta concepción particular de la responsabilidad civil extracontractual, debemos tratar de acotar al máximo nuestro objeto de aproximación, lo que haremos a partir de una breve referencia a consideraciones derivadas principalmente de los trabajos de COLEMAN y WEINRIB, quienes han sido catalogados como los desarrolladores de “las concepciones más sofisticadas de la justicia correctiva moderna”²⁰⁰.

A partir de una reacción a las visiones instrumentales que se derivan del AED, donde lo importante es la persecución de la maximización de la riqueza, WEINRIB señala que existen por lo menos dos características que son esenciales para nuestra concepción de lo que la responsabilidad civil extracontractual es, y que al estar ausentes, lo que queda ya no lo reconoceríamos como la misma institución²⁰¹. Estas dos nociones son la bipolaridad que une al demandante y al demandado y el elemento central de la causación.

El hacer un daño y el sufrirlo es correlativo, de allí que su concepción de la teoría de la justicia correctiva se le suele catalogar como una visión relacional. A diferencia de otras posibles concepciones, donde lo que importa es la posición de una persona que le permite ser quien de manera más económica puede evitar o enfrentar un daño, “una justificación como la de distribución de las pérdidas (*loss spreading*) que es indiferente a la causación, no tiene lugar en una responsabilidad extracontractual coherente”²⁰².

En la tesis de WEINRIB la “justicia correctiva tiene una función rectificatoria”²⁰³. A esta idea se debe sumar que la correlatividad de la injusticia se predica del hecho de que “la injusticia causada por el demandado al demandante debe tomar la forma del

²⁰⁰ PAPAYANNIS, Diego, “Derechos y deberes de indemnidad”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 386.

²⁰¹ Cf. WEINRIB, Ernest, “Understanding tort law”, en: *Valparaiso University Law Review*, v. 23, 1989, pp. 485-523; cf., también, *The idea of private law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

²⁰² WEINRIB, Ernest, “Understanding tort law”, op. cit., p. 511.

²⁰³ WEINRIB, Ernest, “Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 328.

incumplimiento de un deber por parte del demandado correlativo a un derecho del demandante”²⁰⁴, la justificación del demandado para pagar los daños que ha causado es correlativa a la justificación del demandante a recibir el pago por esos daños, “ninguna es inteligible sin la otra”²⁰⁵.

COLEMAN por su parte ha desarrollado varias versiones de su visión sobre la justicia correctiva, las llamadas concepciones anuladora, relacional y mixta²⁰⁶. Si bien sus concepciones sobre la justicia que explican la responsabilidad civil extracontractual se han transformado; de nuevo, lo que nos interesa son elementos más generales del marco conceptual, la forma en la que se aproxima a la institución. Así, basado igualmente en una lectura crítica del AED, este autor sostiene que:

“Según este enfoque, el precio es la compensación por el daño causado, y el pago del precio es suficiente para que la conducta en cuestión sea permisible [sin embargo, la compensación] rectifica el daño causado y no lo legitima. La compensación, al menos algunas veces, no sirve para legitimar lo que en su ausencia sería incorrecto, es decir, un aprovechamiento no consentido. El carácter moral de la acción no cambia de incorrecto a correcto por medio de la compensación. Más bien, dado que la conducta es incorrecta, la compensación es un deber hacia la víctima; no el precio que el agente dañador paga por obtener el “permiso” de su víctima.”²⁰⁷

Una revelación de la concepción anuladora nos enfrenta a una consideración delante de cual es difícil permanecer indiferente. Esto es, que los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual pueden tener un doble basamento de acuerdo a la parte de la relación obligacional que se mire. De esta manera, unos pueden ser los fundamentos de la compensación a la víctima y otros los de la atribución de la responsabilidad al dañador²⁰⁸. En esta versión de la justicia correctiva “un conjunto de razones fundamenta el que se deba compensación por las pérdidas que ha sufrido un individuo (es decir, la fundamentación de un *derecho*), y otro conjunto de razones fundamenta la imposición de esta pérdida a alguien en particular (es decir, la fundamentación de un *deber*)”²⁰⁹. Lo que nos señala el autor es que si bien “la justicia

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 329.

²⁰⁵ WEINRIB, Ernest, “Understanding tort law”, *op. cit.*, p. 512.

²⁰⁶ Cf. COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, *op. cit.*, en especial el capítulo XVI. Una presentación reflexiva de las tres concepciones de la justicia correctiva se puede consultar en PAPAYANNIS, Diego, “Veinte años de riesgos y daños. Una propuesta arriesgada y poco dañosa”, en: Papayannis, Diego (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 13-38.

²⁰⁷ COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, *op. cit.*, p. 199.

²⁰⁸ COLEMAN, Jules, “Tort law and the demands of corrective justice”, en: *Indiana Law Journal*, v. 67, 1992, p. 351.

²⁰⁹ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

correctiva exige que las pérdidas sean anuladas (...) la concepción anuladora no parece imponer la responsabilidad en nadie en particular.”²¹⁰

Como un esfuerzo para tratar de enfrentar los límites de las concepciones anuladora y relacional, la versión mixta se condensa en la idea de que “el deber de los agentes dañadores según la justicia correctiva consiste en reparar las pérdidas injustas por la que son responsables”²¹¹. Al final “alguien es moralmente responsable por una pérdida injusta cuando es consecuencia de sus actos, cuando resulta de su ejercicio de la agencia humana en el mundo.”²¹²

Lo que nos concierne resaltar de este modo particular de aproximarse a la responsabilidad extracontractual es la manera en que los daños son considerados como injustos, las llamadas pérdidas injustas están en el centro de la discusión, el daño genera una situación odiosa, errada, inmoral, en una palabra, injusta, que debe ser enfrentada²¹³.

El otro elemento que resulta esencial es el papel de la causalidad como condición necesaria (aunque bien insuficiente). Esto es, la causalidad importa, por lo que las reflexiones que se desprenden del AED que prescinden de este cardinal elemento dejan algo por fuera que es vital para la comprensión de la responsabilidad.

“Al no captar la estructura del deber de indemnizar que surge como consecuencia de que el derecho de la víctima a no ser dañada ha sido infringido, al desconocer los conceptos jurídicos y causales y la terminología básica de la atribución de responsabilidad, y al desconocer que esta relación equivale a la relación jurídico-procesal que surge en los juicios de responsabilidad extracontractual, los teóricos de la justicia correctiva han sostenido que el análisis económico en general, y la teoría de Calabresi en particular, no puede ser una explicación exitosa de nuestras prácticas actuales de responsabilidad civil.”²¹⁴

Al final las palabras de COLEMAN enmarcan los elementos centrales de los desencuentros de lo que aquí hemos llamados marcos conceptuales: “Mi opinión es que la responsabilidad extracontractual no es ante todo una institución diseñada con el propósito de crear y mantener los mercados. Por tanto, cualquier intento de comprender

²¹⁰ COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, op. cit., p. 316.

²¹¹ *Ibid.*, p. 328.

²¹² PAPAYANNIS, Diego, “Veinte años de riesgos y daños. Una propuesta arriesgada y poco dañosa”, op. cit., p. 25.

²¹³ De antaño, y esto desde la propia Europa continental a la que se le acusaba de haber abandonado las reflexiones filosóficas sobre la responsabilidad civil, se señaló con acierto cómo las diferentes formas de la responsabilidad civil se articulan naturalmente cuando se estudian a partir de “la idea de justicia” HUSSON, Léon, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Presses universitaires de France, París, 1947, p. VIII.

²¹⁴ FABRA ZAMORA, Jorge, “Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate”, op. cit., p. 2557.

la responsabilidad extracontractual desde esta perspectiva obviará o malinterpretará tantas cuestiones como las que esclarecerá.”²¹⁵

III. El diálogo de los marcos conceptuales y la fundamentación múltiple

De la lectura general de los marcos conceptuales hasta acá exhibida se ha hecho más evidente la dificultad (¿imposibilidad?) de “descubrir” el principio único, el fundamento “metajurídico” que nos llevó en primer lugar a explorar una noción unitaria, un fundamento que permita explicar de manera integral toda la institución de la responsabilidad civil extracontractual. De las reflexiones filosóficas, más que derivarse un principio único que nos signifique que debemos luego comprobarlo en materia de responsabilidad pública, resulta ilustrador ver cómo el propio COLEMAN afirma no compartir “la idea de que la práctica pueda ser entendida como un todo unificado. Por el contrario, creo que el derecho de daños implementa una variedad de principios y políticas, algunos económicos y otros morales.”²¹⁶

La idea de la complementariedad, desarrollada en la filosofía de la responsabilidad extracontractual de ENGLARD, parece así una conveniente aspiración como explicación teórica, en la medida en que lo que propone es un razonamiento que se basa en más de una explicación posible y la necesidad de acudir a modelos explicativos que pueden ser incluso mutuamente excluyentes.²¹⁷ Aunque esta posición ha sido criticada desde la propia filosofía, lo que evidencia es la necesidad de explorar no *el fundamento*, sino *los fundamentos* de la responsabilidad civil extracontractual.

De la literatura hispana, en la que nos hemos apoyado extensamente hasta este punto, se puede extraer una conclusión similar. Quienes movidos por el debate filosófico se han acercado a las bases de la responsabilidad civil extracontractual²¹⁸ concluyen que la fundamentación está en una serie agregada de principios dentro de los que se encuentran tanto la justicia correctiva, como la distributiva y la retributiva, y que “solo la

²¹⁵ COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, op. cit., p. 35.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 208.

²¹⁷ Cf. ENGLARD, Izhak, *The philosophy of tort law*, Dartmouth, Aldershot, 1993, en especial pp. 85-92.

²¹⁸ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos, “Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva?”, en: Papayannis, Diego (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, op. cit., pp. 81-99.

institucionalización conjunta de estos principios puede fundamentar un sistema de responsabilidad a la altura de nuestros tiempos.”²¹⁹

A una conclusión análoga arriba FABRA cuando señala estar “(...) convencido de que una institución tan compleja como la responsabilidad extracontractual de nuestro mundo actual no puede ser explicada y justificada bajo un único principio, sino que una multiplicidad de consideraciones necesariamente hacen parte del análisis filosófico de esta institución.”²²⁰

PAPAYANNIS a su vez propone una atractiva tesis en la que se conjugan consideraciones tanto de justicia correctiva como distributiva²²¹. Este autor parte de la idea de que los problemas a los que se enfrentan las teorías de COLEMAN y WEINRIB “pueden ser solucionados si se advierte que la responsabilidad extracontractual no se agota en la justicia correctiva, sino que también expresa consideraciones de justicia distributiva”²²². Al ser la responsabilidad civil una “práctica compleja”, las reglas de responsabilidad terminan por delimitar una “esfera de indemnidad”²²³. Se comprende mejor la manera en que la justicia opera en la responsabilidad extracontractual si se parte de la base de que “la justicia correctiva no puede funcionar en el vacío. Requiere una asignación de derechos previa”²²⁴, esa asignación previa es precisamente de derechos y de deberes de indemnidad, por ello el establecer una regla de responsabilidad objetiva o subjetiva termina por tener efectos distributivos diferentes para los miembros de una comunidad. Así, mientras que la manera diversa en que se establezcan las reglas de responsabilidad tiene efectos sobre la reparación o no de los daños, “las reglas de responsabilidad distribuyen recursos entre los miembros de la comunidad”²²⁵.

²¹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, “Presentación”, op. cit., p.16.

²²⁰ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, op. cit., p. 111.

²²¹ En la concepción Aristotélica en la que se basa esta distinción, mientras que la justicia distributiva se ocupa de la distribución de bienes y cargas comunes o sociales, la justicia correctiva se encarga de rectificar los injustos que tienen origen en las transacciones tanto voluntarias como involuntarias. Por ello, para la justicia correctiva “lo mismo da, en efecto, que un hombre bueno haya defraudado a uno malo que uno malo haya defraudado a uno bueno, o que el adulterio haya sido cometido por un hombre bueno o malo: la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata como iguales al que comete injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado”, ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op. cit., p. 75.

²²² PAPAYANNIS, Diego, “Derechos y deberes de indemnidad”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 398.

²²³ PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, (tesis doctoral), Universidad Pompeu Fabra, 2010, p. 423.

²²⁴ PAPAYANNIS, Diego, “Derechos y deberes de indemnidad”, op. cit., p. 414.

²²⁵ *Ibid.*, p. 400.

Estas reflexiones citadas, que provienen de contextos jurídicos diversos, a las que podrían sumarse los pronunciamientos de MARTÍN REBOLLO, quien afirma que el tema de la responsabilidad pública “no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva”²²⁶; son representativas de la complejidad de la institución y de la aproximación multilateral al problema de los fundamentos.

Las observaciones que enfrentan o armonizan la justicia correctiva y distributiva nos dan pie para enfrentar un último punto en el que tratamos de observar la manera cómo las consideraciones antes mencionadas entran en juego en la responsabilidad extracontractual del Estado.

IV. Una visión aplicada a la responsabilidad extracontractual del Estado. En especial sobre la justicia correctiva, la justicia distributiva y sus retos interpretativos para la fundamentación de la responsabilidad pública

Al inicio de este capítulo señalábamos que quienes tienen algo que decir sobre la responsabilidad extracontractual desde el AED y desde las teorías basadas en la justicia, suelen hacerlo a partir de observaciones que someten a consideración la conducta de un particular que daña a otro. Con esto en mente, del aprendizaje del diálogo de los marcos conceptuales, creemos que tanto el injusto que se produce con el daño, la corrección o incorrección que se puede predicar de las acciones, la forma cómo el daño conecta el dañador y la víctima, así como la causalidad, son elementos esenciales que no pueden estar ausentes en el estudio de la institución y que ello sigue siendo verdad aunque la responsabilidad extracontractual que se estudie sea la responsabilidad del Estado.

Aunque es un análisis que continúa pendiente por construirse, cuando se observa que la gran cantidad de reflexiones se basan en el estudio de la negligencia (pues los resultados de la conducta dolosa representan menos interrogantes en términos de fundamentos filosóficos), y en especial si, como lo predica la propia doctrina especializada, la culpa está en la acción y no en el actor, si la corrección o incorrección que se predica está en la conducta y no en la subjetividad del agente; parece que este tipo de consideraciones abren las puertas para una aplicación a la responsabilidad del Estado de las teorías

²²⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., p. 360.

basadas en la justicia. Cuando hay una prevalencia del estudio de una conducta objetiva, cuando lo que se estudia es un actuar de conformidad con ciertos deberes, la fundamentación que acá se ha expuesto resulta bastante familiar a los ojos de quienes se preocupan por la responsabilidad administrativa.

Finalmente, un elemento que nos resulta de significativo interés y del que nos ocuparemos en esta última parte son las consideraciones de la justicia correctiva y distributiva en el análisis de la responsabilidad del Estado. La responsabilidad civil de la Administración, cuando se encarga de reparar los daños injustos que causa, lo hace principalmente en el marco de los análisis derivados de la justicia correctiva; no obstante, el Estado tiene también un papel protagónico en la distribución de bienes y cargas sociales, lo que a su vez se desarrolla en el marco de la justicia distributiva. No parece muy difícil entonces ver por qué, en particular cuando se refiere al Estado, los análisis derivados de la justicia correctiva y distributiva suelen traslaparse.

“La interpretación tradicional es que estos diferentes modos de entender la justicia se aplican a áreas diferentes del derecho. La justicia distributiva se aplica principalmente en el derecho público, en especial en el derecho constitucional, administrativo y tributario, para poder proporcionar una distribución justa de los bienes y cargas sociales. [...] la justicia correctiva de las transacciones involuntarias ha sido utilizada para estudiar principalmente, pero no de forma exclusiva, el ámbito de la responsabilidad extracontractual”²²⁷.

Ahora, si bien es verdad que el objetivo principal de la responsabilidad es la corrección de la injusticia, podría pensarse que la institución jurídica también podría prestar su concurso para que se realicen ejercicios de distribución de la riqueza, después de todo ya se ha señalado como para parte de la doctrina “el Derecho de daños es un instrumento demasiado caro como para despilfarrarlo en simples transferencias de recursos”. Es una inquietud frente a la que se han enfrentado los filósofos de la responsabilidad civil y a la que acudimos desde ahora para sumar elementos al esfuerzo de delimitación.

“¿Debería la responsabilidad extracontractual preocuparse por *redistribuir* la riqueza entre las partes de los litigios privados concretos? Seguramente, hacer responsable al agente dañador frente a la víctima tiene el efecto de trasladar riqueza desde la actividad en la que está involucrado el agente dañador hacia la actividad en la que está involucrada la víctima. Las decisiones sobre responsabilidad tienen consecuencias redistributivas ¿Por qué no deberíamos tomarlas en cuenta al

²²⁷ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, op. cit., p. 64.

realizar juicios de responsabilidad en casos particulares o en categorías de casos?”²²⁸

Las consideraciones sobre la procedencia de la justicia correctiva o distributiva que acá se ponen en evidencia como fundamento filosófico explicativo podrían tener connotaciones diversas que se hacen depender de elementos como la situación en la que se produzca el daño, así, en contextos en los que existan víctimas de crímenes atroces en sociedades excluyentes y desiguales, la justicia distributiva entraría a jugar un papel significativo como fundamento explicativo de la reparación²²⁹ a partir del desarrollo y aplicación de conceptos como las reparaciones transformadoras²³⁰.

A pesar de lo loable de propuestas como la que invita a realizar redistribuciones de riqueza, en especial en contextos de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, somos escépticos de su realización por varias razones que pueden considerarse tanto de fondo como de forma. Como primera medida, en una propuesta de este tipo no puede desconocerse una teoría de la competencia institucional. Cada institución jurídica está pensada y diseñada para actuar frente a una determinada serie de supuestos y está dotada de ciertas herramientas que le permiten al operador la consecución de un determinado objetivo.

“Algunas instituciones no están debidamente preparadas para reunir y desarrollar la información relevante para realizar ciertas evaluaciones y tomar decisiones políticas. Los jueces en las demandas contractuales, y en el litigio privado en general, no están en buena posición para reunir el tipo de información que se necesita para determinar **cuál debería ser la distribución apropiada de la riqueza**”²³¹ (énfasis añadido).

El legislador tiene mejores herramientas, como la abstracción de los casos individuales, además de la necesaria legitimidad democrática, para realizar consideraciones redistributivas de riqueza.

El problema de la redistribución de riqueza en sede judicial en la que se adelanta un juicio de responsabilidad está dado también por el inconveniente de una víctima que tendrá que esperar a ser objeto de un daño para poder recibir los beneficios redistributivos. A lo que se suma la poca probabilidad de que sean quienes más recursos

²²⁸ COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, op. cit., p. 217.

²²⁹ Cf. UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paul, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y transformación democrática”, en: DÍAZ CATALINA, et al. (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), Bogotá, 2009, pp. 31-70.

²³⁰ Sobre este concepto y esta propuesta volveremos en detalle más adelante al desarrollar los supuestos que entendemos se encuentran extramuros de la responsabilidad civil.

²³¹ COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, op. cit., pp. 217 y 218.

tienen los que idealmente dañen a quien menos poseen, una característica que por definición debe darse en un ejercicio distributivo. “La redistribución debería beneficiar a quienes menos tienen, pero los daños pueden sufrírselos ricos y pobres indistintamente.”²³². Estas consideraciones podrían modificarse cuando se evidencia que es precisamente el Estado “rico”, el que ocasiona el daño, mientras que los ciudadanos, víctimas pobres, lo sufren, por lo que la condición de que sea siempre un problema de redistribución de riqueza parecería cumplirse, sin embargo, esta forma de ver el planteamiento obvia un componente elemental del análisis, y es que acá el Estado, más que el dueño de la riqueza, a quien debe arrebatársele un pedazo “aprovechando” el daño, o por lo menos no desperdiciando la oportunidad de su ocurrencia, más que un dueño de la riqueza agregada de la sociedad, funge como su administrador, como su representante. Por ello se ha sostenido, incluso si ello fuera deseable, “la institución de la responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad, no es una buena herramienta redistributiva”²³³.

Al hilo de esta reflexión nace entonces la necesidad de acudir en apoyo de otras consideraciones como la solidaridad²³⁴, pero creemos que en el análisis de la propuesta de redistribución, los factores puestos en consideración en este capítulo, como la injusticia inherente del daño que permite su reparación y que justifica la coincidencia del daño y del monto indemnizatorio, así como la importancia de la agencia a efectos de la responsabilidad, nos proporcionan elementos suficientemente valiosos.

“(…) La responsabilidad debe ser declarada por lo que el demandante ha hecho, y no por quien es”²³⁵. Esta afirmación, que quedó plasmada en el trabajo que ha sido catalogado como el “detonante de la filosofía de la responsabilidad extracontractual en el mundo anglosajón”²³⁶, al tiempo que nos aporta claves de respuesta, nos enfrenta a una nueva reflexión en sede de fundamentación de la responsabilidad administrativa. ¿Acaso deja de ser cierta esta afirmación cuando la responsabilidad que se estudia es la del Estado? ¿Qué la responsabilidad sea pública nos permite dejar de ver lo que el Estado ha hecho, la forma en cómo se ha comportado, cómo ha desplegado su actividad,

²³² PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, (tesis doctoral), op. cit., p. 97.

²³³ MIR, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 212.

²³⁴ Sobre este concepto volveremos en extenso más adelante.

²³⁵ FLETCHER, George, “Fairness and utility in tort theory”, en: *Harvard Law Review*, v. 85, 1972, p. 4.

²³⁶ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, op. cit., p. 68.

cómo ha funcionado el servicio público, para centrarnos en lo que el Estado es, en lo que el Estado personifica?

La respuesta a este interrogante, desde el mismo marco conceptual filosófico en el que se origina, no puede más que ser afrontada por quienes tienen más elementos para avanzar en el análisis; sin embargo, la intuición, o si se nos permite, un postulado en alguna medida fundado, nos lleva a inclinarnos por responder que en un análisis de responsabilidad civil de la Administración, lo que esta ha hecho debe seguir siendo un elemento central por encima de la naturaleza del actor, por ello creemos que (y esto de la mano del mismo autor quien nos plantea la reflexión en primer lugar) “utilizar el sistema de responsabilidad extracontractual para redistribuir riqueza negativa (pérdidas producidas por los accidentes) viola la premisa de la justicia correctiva.”²³⁷

Como una consideración adicional, es precisamente cuando la Administración “no ha hecho nada” para generar el daño, cuando la actuación u omisión administrativa no es el origen del perjuicio, que es difícil entender que entonces se acuda a la naturaleza de la Administración, a quien esta es, para justificar, en otras lógicas (como la redistribución de la riqueza) el hecho de que deba proceder a reparar. “Los fenómenos de la naturaleza, los incendios, las inundaciones, producen gravísimos daños, perjudican significativamente el bienestar de las víctimas; sin embargo, no vulneran los derechos de nadie. Parte de la diferencia entre la desgracia y la injusticia radica en el papel que cumple la agencia humana en cada una de ellas”²³⁸. Cuando la Administración no es el origen del daño, cuando ella no sea su causa, aunque las soluciones derivadas de la eficiencia y los conceptos del *cheapest cost avoider* o *loss spreading* parezcan indicar lo contrario, es a la propia justicia, a la correctiva, que es la que se entiende como un fundamento de la responsabilidad civil, a la que le resulta no-justo condenar a la Administración a responder. Hasta acá nos corresponde avanzar en este punto desde una lógica filosófica, no obstante, sobre estas ideas de redistribución de riqueza, y en especial sobre la posibilidad de indemnizar el daño no causado, volveremos cuando se explore la importancia del requisito de la causación y los límites de la responsabilidad extracontractual.

Las consideraciones derivadas del AED en ocasiones parecen castigar enorme e injustamente la responsabilidad administrativa al hacerla más onerosa que una

²³⁷ FLETCHER, George, op. cit., p. 16.

²³⁸ PAPAYANNIS, Diego, “Derechos y deberes de indemnidad”, op. cit., pp. 393 y 394.

responsabilidad a la que se enfrentaría un privado que desarrolle una actividad asimilable, esto por el hecho de tener más recursos (la tesis del *big pocket*), o por ser la parte de la relación que puede de manera más eficiente evitar los costos, minimizarlos o distribuirlos. En realidad, dada la naturaleza de la Administración, del tamaño agregativo del aparato administrativo frente a un ciudadano individual que sufre un daño, no es difícil predecir quién deberá, en una importante mayoría de casos, cargar con los costos de los accidentes. Por ello, y como una manera de enfrentar estas conclusiones originadas en un marco conceptual como el AED, las teorías basadas en la justicia enfatizan ideas fundamentales como el daño concebido como un injusto, que el haber ocasionado un daño importa, que la situación dañina deba ser corregida, rectificadas; todos elementos significativos que deben primar en el análisis.

Una consideración final que puede resultar de significativo interés para un ordenamiento jurídico como el español que discute sobre los problemas derivados del alcance de una responsabilidad objetiva de la Administración Pública, tiene origen en el estudio de los diferentes análisis filosóficos sobre la responsabilidad, y puede sintetizarse de la siguiente manera: “las explicaciones filosóficas basadas en la justicia han tendido a fundamentar una presunción fuerte de que se requiere la culpa para la imposición de responsabilidad extracontractual, mientras que la responsabilidad objetiva sigue siendo un pequeño fragmento de excepciones”²³⁹. Si los análisis filosóficos tienden a hacer de la culpa un elemento de mayor preponderancia y a la responsabilidad objetiva la excepción, un ordenamiento jurídico que termine por formular la responsabilidad de un actor, en este caso la Administración, de manera exactamente opuesta, tendrá, o bien que reformular sus bases filosóficas, o cuando menos (como ocurre en mayor medida) cuestionar la real posibilidad del sistema existente y la necesidad de su reforma.

Cuando desde la filosofía se señala que un sistema general de responsabilidad objetiva parece ser conceptualmente imposible²⁴⁰, a la doctrina administrativa española no le queda otro remedio que continuar increpando la que continúa siendo una lectura general en sede judicial de la responsabilidad objetiva de la Administración. El llamado a la

²³⁹ ZIPURSKY, Benjamin, “La filosofía de la responsabilidad extracontractual: entre lo esotérico y lo banal”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 228.

²⁴⁰ Una afirmación que está basada en especial en trabajos como el desarrollado por PERRY, Stephen, “The impossibility of general strict liability”, en: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v.1, núm. 2, julio de 1988, pp. 147-171.

reforma debe permanecer; esto, aunque hoy parezca existir una serie de acuerdo implícito sobre la necesidad de realizar, en sede de análisis de responsabilidad, una evaluación sobre la manera correcta o incorrecta como actuó la Administración, incluso aunque a continuación se señale siempre, como línea de principio, que ello no importa a efectos de adjudicar la responsabilidad.

Una idea del trabajo fundacional de la filosofía de la responsabilidad de ARISTÓTELES nos es útil para concluir este apartado. La división que se propuso desde entonces está basada en un entendimiento dual de la justicia que se subdivide en justicia distributiva y correctiva, esta última a su vez trata de fundamentar “la justicia que se ha de guardar en los contratos” tanto en los voluntarios como en los forzosos, expresión que coincide con el título del capítulo IV del Libro V de la *Ética a Nicómaco*. Que desde la filosofía griega se propusiera una explicación unificada de las transacciones voluntarias e involuntarias debe invitarnos a enfrentar a continuación una nueva reflexión, la posibilidad de un sistema que contenga y explique tanto la responsabilidad civil extracontractual como la contractual, después de todo, estas consideraciones, que no han sido extrañas al propio AED²⁴¹, han ocupado siempre un lugar importante en la doctrina privada del derecho de la responsabilidad civil. De esta manera, cuando desde el derecho privado y desde paradigmas conceptuales como el AED y la propia filosofía se proponen lecturas unificadas de la responsabilidad, el Derecho Administrativo no debe ser ajeno y eludir un debate que se presenta capital.

²⁴¹ ACCIARRI, Hugo, CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea “Daños, instituciones e incentivos. Hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en: *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política*, 2001, pp. 1-21; ver también COLOMA, Germán y PERNICE, Sergio, “Elementos para una teoría económica unificada de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en: *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política*, 2000, pp. 1-12.

CAPÍTULO IV. LAS TESIS UNITARIAS O DUALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La responsabilidad civil de la Administración, tal y como se pretendió desde sus orígenes jurisprudenciales, está sometida a un régimen de naturaleza jurídica pública, está regida por “reglas especiales” que fueron afirmadas desde el propio fallo *Blanco*; aunque en ese entonces ello fue más una clarividencia, un deseo de autenticidad que un verdadero reconocimiento de la existencia normativa de reglas jurídicas propias. Hoy en día el régimen administrativo que gobierna la responsabilidad patrimonial de la Administración es una realidad de difícil objeción en un número importante de países.

Por otro lado, desde sus mismos orígenes fundacionales se señaló que la responsabilidad administrativa “no puede ser regida por los principios que están establecidos en el Código Civil”, una aseveración con la que resulta más difícil estar de acuerdo.

Reglas especiales y principios autónomos fueron los dos pilares sobre los que se asentó la institución de la responsabilidad administrativa. Merece la pena observar y someter a juicio la fortaleza actual de cada uno de esos pilares, la estructura interna y el verdadero peso que soporta cada uno. ¿Es la responsabilidad civil de la Administración Pública una especie de un sistema general de responsabilidad civil? ¿Es una misma institución y comparte el mismo fundamento con la responsabilidad civil de derecho privado? ¿Existe una diferencia sustantiva entre la responsabilidad contractual y extracontractual que justifique un tratamiento diferenciado? ¿Existen diferencias sustantivas entre la responsabilidad contractual y extracontractual cuando es la Administración Pública el agente origen del daño? Son todas preguntas a las que nos enfrentaremos en este apartado.

De la mano de SÁNCHEZ MORÓN creemos que “para explicar este peculiar régimen jurídico, lo primero es definir con la mayor exactitud posible qué entendemos por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”²⁴². Una vez más el desafío que representa una institución jurídica tan rica, tan fundamental para todo el derecho en general, es el enfrentarse a una multiplicidad de definiciones. El gran problema entonces

²⁴² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2016, p. 950.

es que la responsabilidad es muchas cosas, es garantía patrimonial del ciudadano²⁴³, es un instrumento de control del poder²⁴⁴, es principio de orden de la propia Administración²⁴⁵, es fuente de las obligaciones²⁴⁶, es un principio general del derecho²⁴⁷, la responsabilidad civil es además una institución jurídica que pretende delimitar el tratamiento de la reparación de daños o mejor el deber jurídico de indemnizar un daño. Y sí, difícilmente puede negarse que la responsabilidad civil sea todo esto, y algo más, pero esta amplitud y multiplicidad de definiciones dificultan la construcción de una institución en clave sistémica.

De ninguna manera debe continuarse un estudio de la responsabilidad civil administrativa sin enfrentarse a la definición de la institución. Aunque pueda entenderse porque sus mayores exponentes hayan sostenido que “si existe un tema que se sienta uno tentado de abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil. En su misma definición aparecen, en efecto, las profundas divergencias de enfoques que oponen a los autores y que no dejan de encontrar su eco en la jurisprudencia y en la legislación”²⁴⁸. En todo caso, y a pesar de las dificultades para definirla (pues al definir se acaba por delimitar y con ello inexorablemente se dejan por fuera algunos elementos); ante la multiplicidad de aproximaciones acudimos de nuevo a la idea plasmada en la introducción de este trabajo para señalar que la responsabilidad civil es ante todo la obligación jurídica que incumbe a una persona de reparar el daño que ha causado a otra²⁴⁹.

Una vez puntualizado aquello que entendemos por responsabilidad civil, si es verdad que la responsabilidad civil de derecho privado y la responsabilidad civil de la

²⁴³ MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., pp. 360 y ss. Bajo el mismo título de garantía patrimonial abordan el estudio de la responsabilidad patrimonial administrativa, entre otros, SÁNCHEZ MORON, Miguel, op. cit., pp. 949 y ss.; GAMERO CASADO, Eduardo y FÉRNANDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 649 y ss.

²⁴⁴ GOUHIER, Sébastien, op. cit., p. 147; MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., p. 360

²⁴⁵ Cf. *Supra*, capítulo II, sobre el análisis de las funciones de la responsabilidad civil.

²⁴⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2ª ed., 5ª reimpresión, Legis, Colombia, 2010, pp. 4 y ss.

²⁴⁷ LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983. p. 28.

²⁴⁸ MAZEAUD, Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., p. 1.

²⁴⁹ Cf. *Supra*, introducción.

Administración pública comparten “destinos cruzados”²⁵⁰, habrá que evidenciar hasta qué punto pertenecen a una misma institución (I) y hasta qué punto, los daños ante los que reaccionan tienen en realidad una naturaleza diferente cuando suceden dentro o fuera de una relación contractual (II).

I. Responsabilidad civil de derecho privado y de derecho administrativo: una lectura externa

Buena parte de la doctrina administrativa española profesa una tesis, que podría catalogarse como unitaria, a partir de la identificación de una institución general de la responsabilidad civil perteneciente a una teoría universal del derecho.

“La responsabilidad civil es un instituto que, aunque históricamente tuvo su origen y desarrollo en los ordenamientos privados, pertenece hoy a la teoría general del Derecho, por la simple razón de que su fundamento y finalidad y los principios en que se inspira son igualmente aplicables a todos los sujetos jurídicos. Por tal motivo no nos parece correcto hablar, en general, de una cierta especialidad del instituto cuando es aplicado a los entes públicos.”²⁵¹

Esta posición, que parece mantener una mayoría de la doctrina del país ibérico, había sido sostenida desde los orígenes mismos de la institución: “[...] en el orden teórico: la responsabilidad no es de suyo materia exclusiva de un Derecho, sino más bien una doctrina común a todos ellos, y, por tanto, también al Derecho administrativo.”²⁵²

Permítasenos en este punto una referencia amplia a las posiciones administrativas españolas²⁵³ que dejan clara una visión de la responsabilidad de la Administración como un subsistema de uno “más general” que abarca todas las responsabilidades civiles existentes:

“[...] en realidad, la responsabilidad civil de los particulares y la de la Administración utilizan las mismas herramientas para resolver problemas idénticos o similares. Por eso la responsabilidad administrativa ha sido finalmente captada en los ordenamientos de nuestro entorno, con mayor o menor rotundidad, como un

²⁵⁰ Expresión prestada de LOCHAK, Danièle, “Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation”, op. cit., p. 276.

²⁵¹ LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, op. cit., p. 117.

²⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 227.

²⁵³ En el mismo sentido para COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 583 “La responsabilidad de la Administración Pública debe ser entendida como un supraconcepto que tiene, por tanto, elementos comunes tanto en Derecho Privado como en Derecho Público”; ver también, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 328.

sistema perteneciente a otro más general que abarca todas las responsabilidades contractuales y extracontractuales, de los particulares y de la Administración [...] Frente al simplificado planteamiento dualista de la división Derecho público-Derecho privado hay que afirmar la unidad institucional de responsabilidad por daños; unidad que no resulta en absoluto desmentida por la existencia de cuerpos normativos *ad hoc* para la Administración que consagren diferencias de régimen (si bien hay regulaciones diversas) [...] el fundamento de esas regulaciones diversas es el mismo.”²⁵⁴

Nótese cómo al hilo de lo arriba mencionado nace de inmediato una nueva y pesada carga de fundamentación, pues cuando se sostiene que el fundamento de ambas instituciones es el mismo deberá demostrarse cuál es ese fundamento común que comparten, elemento del que difícilmente se ocupa la doctrina que propende por la unicidad.

Por nuestra parte creemos que de una lectura en clave sistémica podrá sostenerse que, tal y como existe un concepto general del derecho, el cual se divide a su vez (según una lectura ampliamente compartida) en derecho público y derecho privado; existe una teoría general de la responsabilidad que tiene como elemento común la llamada *lesión atribuible* desarrollada en el capítulo I, de resto, de allí en adelante, todas son particularidades propias de cada subsistema, particularidades que, en todo caso, son compartidas de manera amplia²⁵⁵.

Cuando nuestra lectura supere el subsistema del Derecho Administrativo y se acerque ya a la teoría general del derecho y de allí al Derecho Civil, pedimos, como lo pidió en su momento el propio PANTALEÓN, que se le trate con la deferencia de un *outsider*, pues insistimos, solo tratamos de encontrar ese elemento común que permita una lectura en clave sistémica para nuestros efectos jurídico-administrativos, que por demás, como veremos, será útil a su vez para la explicación de la actividad administrativa de contratación; en definitiva un elemento común que permita aportarle algo de orden al caos.

La visión arriba mencionada, que decimos es largamente compartida por la doctrina administrativa, representaría un verdadero reto para la actual justificación de un

²⁵⁴ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, op. cit., p. 42.

²⁵⁵ La responsabilidad administrativa acude con frecuencia a las construcciones jurisprudenciales y a las disposiciones normativas originarias del derecho privado para resolver asuntos de fondo y forma que le son comunes. Cf. LE TOURNEAU, Philippe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, op. cit., pp. 84 y ss.

Derecho Administrativo sustantivo en la materia, autónomo al derecho común de la responsabilidad civil de derecho privado, si no fuese porque desde el propio derecho privado no existe claridad sobre la existencia misma de ese derecho común²⁵⁶. Por ello compartimos que el análisis está dado más en términos de la pertenencia de ambos regímenes a uno general de la responsabilidad civil y que de allí se debe partir para explorar las particularidades de cada régimen.

Esto nos permite en nuestros días sostener que el deseo de LE TOURNEAU (que propendía por una visión igualmente unitaria, pero a partir de la unificación de ambas responsabilidades bajo los dictados del Código Civil) de la supresión de la responsabilidad administrativa y el retorno a la unidad²⁵⁷, se hace cada día más irrealizable, y que si bien “*il est permis de rêver*”, la realización de ese sueño se enfrenta a una responsabilidad administrativa que se activa en situaciones en las que en el derecho privado no podría si quiera imaginarse.

La tesis de la responsabilidad administrativa como un subsistema de una teoría general, al tiempo que es compartida por parte de la doctrina de otros ordenamientos, se enfrenta a otras posiciones radicales. Por esto, mientras que para CHAPUS “el problema jurídico [...] se propone siempre, en derecho público y derecho privado, en los mismos términos. El objeto de un problema de responsabilidad civil, en efecto, es invariable: en todos los casos, se trata de someter una obligación de reparación a cargo del autor del perjuicio, o de la persona que debe responder”²⁵⁸; para CASSAGNE: “la responsabilidad del Estado constituye una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son, por su naturaleza y fines, totalmente opuestos a los que imperan en el derecho privado.”²⁵⁹

²⁵⁶ Cf. PAILLET, Michel, “Existe-t-il une responsabilité de droit commun?”, Coloquio : *vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, París, 11 y 12 de mayo de 2001 ; ver también, VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp 150 y ss.

²⁵⁷ LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilité civile*, 3ª ed., Dalloz, París, 1982, p. 34.

²⁵⁸ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire* op. cit., p. 24.

²⁵⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_estado_por_la_actividad_de_la_administracion.pdf ; ver también CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., LexisNevis Abeledo-Parrot, Buenos Aires, 2002.

Son precisamente las referidas situaciones que el derecho privado no puede imaginarse las que le sirven de sustento a parte de la doctrina argentina²⁶⁰ para sostener la dualidad de los sistemas y la existencia de principios autónomos. Las cargas y sacrificios que realizan algunos ciudadanos por el buen funcionamiento de los servicios son las que explican la autonomía, “el derecho administrativo no sólo mira a la víctima, sino que, fundamentalmente, debe tutelar los intereses de la comunidad armonizando los intereses de ambos (el bien común y los intereses privados)”²⁶¹. Es esa diferente finalidad, que hace especial la naturaleza pública de la responsabilidad administrativa, la que para este autor impide una mirada de conjunto.

Al final nos encontramos con posiciones que sostienen una tesis de unicidad a partir de los dictados de una teoría general de derecho, otros que propenden por la unicidad a partir de las normas de derecho privado y otras que se oponen a una eventual posición de sistema unificado, que claman por la autonomía absoluta y por una concepción publicista de la responsabilidad administrativa.

Ni unicidad ni separación absoluta, “no hay duda que existen y han existido factores que diferencian fundamentalmente la responsabilidad administrativa y la civil. Tales divergencias presiden además el desarrollo y la construcción de ambos institutos: sin embargo, no son esenciales pues ambas responden a la esencia única de la figura jurídica de la responsabilidad”²⁶². Si por esencia entendemos la reparación del daño causado, puede compartirse en lo fundamental esta posición.

En cuanto al régimen jurídico, los sistemas de derecho continental como el colombiano y el español tienen una amplia regulación sustantiva de la responsabilidad administrativa, así quedará en evidencia en el capítulo siguiente en el que tendremos la oportunidad de ocuparnos de los fundamentos constitucionales, a ello nos remitimos ahora para sostener que uno de los señalados pilares que se erigieron desde el fallo *Blanco*, reglas especiales, es hoy en día una base fuerte y sólida de la institución de la responsabilidad administrativa. El otro pilar originario que a su vez soporta la

²⁶⁰ PERRINO, Pablo Esteban, “Responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en derecho argentino”, en: <http://mail.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/La%20responsabilidad%20extracontractual%20del%20Estado%20ppor%20actividad...PEP1.pdf>

²⁶¹ CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, en: *La Ley*, Argentina, 2009.

²⁶² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, 2ª ed., Civitas S.A., Madrid, 1996, p. 53.

institución, el de la lógica de los principios, resulta ampliamente compartido con la responsabilidad de derecho privado, ello ocurre además con sus fundamentos y funciones, de los que en todo caso no puede predicarse una separación absoluta, una situación que por demás es deseable pues es siempre útil tener un compañero de camino a dónde dirigir la mirada cuando el sendero se presente oscuro.

De la mano de CHAPUS podemos concluir que, dado que tanto en Derecho Administrativo como en Derecho Civil la cuestión es de saber en qué condiciones un daño debe ser reparado, “es casi inevitable que las respuestas dadas a esta cuestión se crucen en un buen número de consideraciones.”²⁶³

II. Responsabilidad civil contractual y extracontractual: una lectura interna

A las discusiones sobre el tratamiento unificado o dual de la responsabilidad civil desde una teoría general, se suma una división doctrinal que se enfoca en sus notas internas. Históricamente la posibilidad de una lectura de conjunto sobre la responsabilidad civil que abarque tanto la responsabilidad delictual como la responsabilidad contractual ha dividido a la doctrina de derecho privado (A), inexplicablemente esta discusión tan significativa para la configuración de la institución es casi inexistente en Derecho Administrativo (B).

A. Una amplia discusión en derecho privado

Los códigos civiles colombiano y español, por herencia de su par francés, regulan en apartados distintos la responsabilidad que se deriva del incumplimiento del contrato y aquella que tiene origen en el llamado delito civil, en la responsabilidad extracontractual.

Al igual que ocurrió con el nacimiento de la responsabilidad objetiva, la doctrina ubica el inicio de la discusión sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en la época del maquinismo y en los dictados de la solidaridad social que de allí se desprenden. No ocurrió sino hasta entonces un intento de sistematización tardía pues las discusiones sobre una teoría general no son originarias de las codificaciones²⁶⁴.

²⁶³ CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. I, 15ª ed., Montchrestien, París, 2001, p. 1229.

²⁶⁴ HUSSON, Léon, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Presses universitaires de France, París, 1947, p. 325.

El nacimiento de la tesis de la dualidad se suele ubicar²⁶⁵ en un trabajo de 1884 de SAINCTELETTE titulado “De la responsabilidad y de la garantía”. A partir de las posiciones de este autor se propone una diferencia radical entre la ley y el contrato como fuente de las obligaciones. Es porque existe una fuente diferente, la voluntad pública y la privada, que existe una distinción entre las faltas delictuales y las contractuales. Aún más, solo las faltas delictuales pertenecen, en pureza, al instituto de la responsabilidad civil, las faltas contractuales responden mejor a la llamada garantía, por lo que el término de responsabilidad contractual debe ser sustituido por este último.

Poco tiempo después, en 1892, GRANDMOULIN presentaría su tesis titulada “De la unidad de la responsabilidad o la naturaleza delictual de la responsabilidad por violación de obligaciones contractuales”. Desde entonces este autor sostuvo una tesis, a la que hoy en día se recurre, que sostiene que las obligaciones que se derivan de la ley y del contrato no tienen una real esencia dispar. El autor encuentra en el artículo 1382 del Código Civil francés el derecho común de la responsabilidad y muestra que las reglas especiales sobre los contratos previstas en otros apartados, son a su vez una simple aplicación de ese derecho y de “excepciones justificadas por necesidades prácticas o de utilidad social”²⁶⁶. Especialmente señala que la obligación inicial que nació del contrato se extingue por la pérdida o imposibilidad de su objeto debido a la falta del deudor y que la obligación de reparar el perjuicio sufrido no es la obligación primigenia del contrato sino una obligación nueva derivada de la ley.

Grandes expositores de la responsabilidad civil comparten esta visión unificada de las responsabilidades, para quienes “las diferencias no son fundamentales: no atañen a los principios rectores (...) la obligación nacida del incumplimiento de un contrato, la responsabilidad contractual es, con el mismo título que la responsabilidad delictual, una fuente de obligación”²⁶⁷.

Una postura ecléctica media entre las anteriores posiciones. En 1930 BRUN presentó su propia visión sobre la responsabilidad contractual y extracontractual y concluyó que en ambos casos se trata de una obligación que ha sido incumplida, violación que da origen a una nueva obligación de reparar el daño. “La dualidad no se traduce en una diferencia

²⁶⁵ Cf. VINEY, Geneviève, “La responsabilité contractuelle en question”, en: Alpa, Guido et al., *Le contrat au début du XXIe siècle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2001, pp. 921-947.

²⁶⁶ HUSSON, Léon, op. cit., p. 279.

²⁶⁷ MAZEAUD, Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., pp. 114 y 118.

de naturaleza de las dos instituciones [...] científicamente no hay dos responsabilidades sino dos regímenes de responsabilidad”²⁶⁸. Unidad de naturaleza y dualidad de regímenes, una posición que fue ampliamente compartida por muchos años.

No puede en todo caso pasarse por alto cómo, a pesar de todo, incluso para quienes comparten la posición unificada, resultaría necio el tratar de realizar una asimilación completa, desconociendo los detalles que se derivan del derecho positivo, perspectiva que ha permitido evidenciar que “trazar la línea divisoria entre ambas esferas es, sin discusión, uno de los problemas más arduos de nuestro derecho.”²⁶⁹

Al pasar revista a lecturas más actuales se evidencia que “las posiciones doctrinales son, a decir verdad, igual de variadas que lo eran el siglo pasado: ellas oscilan entre la unidad absoluta o parcial y la estricta dualidad de naturaleza, entre la dualidad y la unidad de régimen.”²⁷⁰

Parte de la doctrina especializada española comparte el punto de vista de la unidad. De esta manera, para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN “la separación entre las obligaciones que nacen de la convención y las que tienen su origen en la culpa o negligencia civil no es más que de régimen jurídico, pues el fundamento último es el mismo (...)”²⁷¹. Para YZQUIERDO, a su vez, “si indemnizar significa tanto como dejar a la víctima *indemne*, colocada en la misma situación en que se encontraba antes de la causación del daño, podrá haber diferencias en lo accesorio, pero no en los principios rectores.”²⁷²

A pesar de la inclinación por la unidad, un renovado embate en favor de la escisión se ha exhibido. LE TOURNEAU, en sus distintos trabajos sobre la responsabilidad civil, aboga por un tratamiento dual que separa a la responsabilidad civil extracontractual del incumplimiento del contrato, del concepto de la “*défaillance contractuelle*”²⁷³. En breve, esta postura se basa en el concepto jurídico de ejecución por equivalente, que es lo que en realidad ocurre en la supuesta responsabilidad contractual, pues al no poder

²⁶⁸ BRUN, André, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930, citado por VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 399.

²⁶⁹ MAZEAUD, Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., p. 145.

²⁷⁰ JUEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., p.20.

²⁷¹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 315.

²⁷² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 97.

²⁷³ Cf. LE TOURNEAU, Philippe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, op. cit., en especial el título I de la segunda parte.

ejecutarse la obligación principal, lo que se sucede es otro modo de ejecución del contrato por su equivalente pecuniario. “La obligación engendrada por el contrato se transforma, si no es ejecutada, en una obligación de reparación, que no es más que una manera de observar la primera, ella es la continuación, la prolongación que se concretiza bajo la forma de daños y perjuicios”²⁷⁴.

En un sentido similar se expresa REMY, para quien la inexecución contractual resulta irreductible a la idea de responsabilidad civil, y quien sostiene que la responsabilidad contractual es un *falso concepto*²⁷⁵. La responsabilidad contractual no es un concepto originario de la codificación civil, en realidad los códigos civiles, una vez más por herencia gala, ubican el incumplimiento contractual en los efectos de las obligaciones mientras que la responsabilidad aquiliana la ubican como una de sus fuentes. Para el autor francés el concepto de responsabilidad contractual perturba y complica el sistema de responsabilidad civil pues frente a una obligación incumplida lo que pretende el acreedor con la solicitud de daños y perjuicios es una ejecución por equivalente, y aunque ello se haga en dinero, “el modo de ejecución de la obligación no modifica la naturaleza porque ello no modifica su causa, que sigue siendo el contrato”²⁷⁶, de allí que concluya que la unificación es *impossible*.

La discusión está entonces condensada en una pregunta trascendental, saber si los daños y perjuicios contractuales que se derivan del incumplimiento tienen una función reparatoria o se reducen simplemente a un modo de ejecución de las obligaciones. VINEY, quien plantea el debate en estos precisos términos, reacciona en contra de la propuesta de la dualidad. Para ella el asimilar el incumplimiento contractual a la ejecución por equivalente se trata de una “falsa pista”²⁷⁷. Vuelve sobre los textos civiles originarios para señalar que la idea de reparación de los daños y perjuicios contractuales siempre estuvo presente, por lo que la tesis de ejecución del contrato por su equivalente es “contraria a la tradición histórica y no es exacta”²⁷⁸. Los daños y perjuicios contractuales son un remedio específico frente a la inexecución del contrato, distinto de

²⁷⁴ LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 64.

²⁷⁵ REMY, Philippe, “La « responsabilité contractuelle » : histoire d’un faux concept”, en: *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 2, abril-junio de 1997, pp. 323-355.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 326.

²⁷⁷ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 416.

²⁷⁸ VINEY, Geneviève, “La responsabilité contractuelle en question”, op. cit., p. 936.

la ejecución forzada y de la resolución del contrato, “la originalidad de ese remedio con relación a los otros reside precisamente en su función de reparación.”²⁷⁹

Una tesis doctoral recientemente defendida vuelve sobre el tema de las responsabilidades en derecho privado. Para JÜEN la responsabilidad contractual y extracontractual comparten la misma naturaleza (como suele entenderlo una parte importante de la doctrina), pero además comparte el mismo régimen. “Una por su naturaleza, la responsabilidad contractual y delictual son igualmente una por su régimen”²⁸⁰. Desde el punto de vista de su naturaleza: sus elementos, sus condiciones (hecho generador y el daño) además de sus funciones (reparación, prevención, entre otras), son los mismos; desde el punto de vista de su régimen, tampoco se justifica su escisión.

La víctima que sufre un daño no está más contrariada o afectada según que la norma violada sea de origen contractual o no. “No hay ninguna razón jurídica para reparar diferentemente sus daños [...] la responsabilidad civil no es más que una”²⁸¹.

Una anotación singular adicional merece el problema de la llamada conjunción de la responsabilidad contractual y extracontractual en derecho privado. El hecho de que existan regulaciones diferentes hace predecible que puedan encontrarse algunas situaciones en las que no es pacífico el diferenciar si la reparación se ubica en el campo de la responsabilidad contractual o extracontractual, existen entonces “zonas de discusión y polémica”²⁸². Dada la diferencia de acciones, en ocasiones resulta dudoso el determinar qué acción ejercitar²⁸³. En el derecho francés existe la tesis de la *non-cumul*²⁸⁴, que sostiene que una vez que las condiciones de aplicación de la responsabilidad contractual se encuentren reunidas, es imposible situarse en los terrenos de la responsabilidad aquiliana. En derecho colombiano existe una solución en términos

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 936.

²⁸⁰ JÜEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., p.32.

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 523 y 524.

²⁸² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pp. 118 y ss.

²⁸³ Sobre los problemas prácticos de la distinción puede consultarse DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pp. 222 y ss.

²⁸⁴ Nombre que recibe constantes críticas, pues de lo que en realidad se trata es de la imposibilidad de *optar* por una u otra.

similares a la tesis francesa de la no acumulación²⁸⁵, aunque hay que reconocer, con TAMAYO, que “si el problema ya es de por sí confuso en casi todas las legislaciones, la verdad es que en nuestro ordenamiento jurídico adquiere dimensiones caóticas imposibles de resolver”²⁸⁶. Este problema de la conjunción de responsabilidades pone entonces en evidencia la importancia de aclarar los límites o de terminar por echarlos abajo, en todo caso, de enfrentar el inconveniente que se deriva de la existencia de una responsabilidad contractual y otra fuera del contrato.

De la centenaria discusión en derecho privado, que sigue intrigando y dividiendo a la doctrina, debemos en especial retener dos notas significativas para lo que queda de nuestra construcción: que el incumplimiento contractual genera una lesión atribuible al deudor incumplido que debe reparar (si se cumplen el resto de los requisitos exigidos)²⁸⁷; y que la reparación que opera cumple además la función de indemnizar el daño ocasionado. Elementos que al estar presentes y ser comprobados también en la responsabilidad extracontractual activan de inmediato una reflexión posible en términos de unidad.

Al final de la discusión parecen ilustrativas las palabras de BRUN para quien, si esta recurrente y antigua disputa debe tener algún día un epílogo y conocer un vencedor, tal parece que los partidarios de la unidad están en el sentido correcto de la historia²⁸⁸. “A juzgar por los movimientos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos que recientemente se vienen produciendo en el Derecho comparado y hasta en el comunitario europeo, puede que nos encontremos ante la inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divisio* de la responsabilidad civil.”²⁸⁹

Producto del eventual desvanecimiento de la división que pende sobre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, predicada hoy en derecho privado, a la doctrina administrativa se le presenta una importante e ineludible reflexión de un cariz similar; sin embargo, en Derecho Administrativo la tesis de la desaparición de la

²⁸⁵ Cf. JARAMILLO, Camila y ROBLES, Paula, “La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 26, enero-junio de 2014, pp. 499-527.

²⁸⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 125.

²⁸⁷ Sobre los requisitos especiales de la responsabilidad volveremos en el título II de esta primera parte, para luego ser sometidos a comprobación desde la responsabilidad contractual administrativa en la segunda parte.

²⁸⁸ BRUN, Philippe, “La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle”, en: *Revue de droit d’Assas*, núm. 7, febrero de 2013, p. 60.

²⁸⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 129.

división no parece tener acogida, pero es que tampoco la tiene la tesis de la unicidad, en realidad se trata de un debate ausente.

B. Una insuficiente discusión en Derecho Administrativo

La lectura bifronte del derecho es una tradición de vieja data que puede rastrearse por lo menos hasta el Derecho Romano²⁹⁰. La *summa divisio iuris* está además en el origen mismo del Derecho Administrativo a partir de la parcelación entre el derecho público y privado, e ilumina otros análisis internos tales como la configuración del acto unilateral en oposición al acto bilateral o contractual administrativo, los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración, en fin, una lista de larga data.

Era de esperarse que la lectura dual de la responsabilidad civil a partir de la existencia o no de una relación contractual tuviese una importante influencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea porque se abogue por su existencia o por que se rechace como posible la escisión de la responsabilidad administrativa. No obstante, a pesar de la importancia que, como hemos visto, ha tenido para el derecho privado, en Derecho Administrativo son insuficientes los desarrollos teóricos sobre el tratamiento dual o unificado de la responsabilidad civil contractual y extracontractual de la Administración Pública.

Insuficiente es un calificativo benigno, generoso con un tratamiento que se torna en realidad inexistente. En este punto podríamos tratar de citar algunas notables excepciones si ellas lo fueran en realidad y no constituyeran, en pureza, más un intento de configuración de la responsabilidad contractual al margen de los desarrollos generales de la responsabilidad extracontractual de la Administración²⁹¹.

La falta de aproximación a este tema quizás se deba a un asunto más de fondo, a la falta de desarrollo de la teoría general de las obligaciones en derecho público²⁹². CHEVALLIER había puesto en evidencia cómo la noción jurídica de obligación paradójicamente

²⁹⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro, "La 'summa divisio iuris' público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles", en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 26, enero-junio de 2014, pp. 43-69.

²⁹¹ Nos referimos en especial a dos trabajos provenientes del derecho francés: TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, París, 1989; OUM OUM, Joseph Frank, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 270, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2014.

²⁹² Cf. DRAGO, Roland, "La notion d'obligation: droit public et droit privé", en: *Archives de philosophie du droit*, t. 44, 2000, pp. 43-49.

resulta al tiempo familiar y extraña a los publicistas²⁹³. Resulta cercana cuando se piensa en un derecho que se ocupa de los contratos, del dominio y de la responsabilidad civil, si bien todos públicos, categorías que traen aparejada una construcción en torno a la noción y la posibilidad de la existencia de una persona jurídica con un patrimonio al que pueda atribuirse obligaciones y que pueda a su vez ser sujeto de derechos. Extraña, por otro lado, pues (aquí sí con algunas valiosas excepciones²⁹⁴), los trabajos en Derecho Administrativo, en particular los tratados sobre la materia, no suelen ocuparse de una teoría pública de las obligaciones.

Lo anterior nos enfrenta al interrogante de si ello obedece a que “exista verdaderamente una imposibilidad radical de razonar en derecho público en términos de obligación, de reconstruir el derecho público a partir de la teoría general de las obligaciones”²⁹⁵. No es este el espacio para avanzar en esta significativa inquietud, la dejamos formulada más como un llamado a la reflexión, convencidos de que su desarrollo facilitará el abordar varias de las problemáticas a las que nos enfrentamos.

La paradoja se refleja hoy en día en el hecho de que exista un amplio desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, al tiempo que la responsabilidad contractual administrativa, que fue primera en el tiempo, ocupe un lugar relegado poco honorífico. Cuando se trata de una reflexión de carácter temporal habrá que empezar por aceptar que la responsabilidad contractual antecede a la responsabilidad extracontractual, y que los primeros trabajos de la responsabilidad extracontractual de la Administración lo hacen a partir de una delimitación negativa del concepto de contrato. También quienes primero se ocuparon de la responsabilidad aquiliana desde el derecho privado lo hicieron a partir de una delimitación negativa de la categoría contractual. El trabajo que se ha distinguido como el “primer ancestro de todos los tratados de responsabilidad”²⁹⁶, seguía precisamente esta línea.

“La responsabilidad contractual del Estado que al principio se regía por el Derecho Civil fue siempre reconocida, aun cuando haya sólo variado en su fundamentación, por

²⁹³ CHEVALLIER, Jacques, “L’obligation en droit public”, en: *Archives de philosophie du droit*, t. 44, 2000, pp. 179-194.

²⁹⁴ Cf. WALINE, Marcel, *Traité élémentaire de droit administrative*, 5ª ed., Librairie du Recueil Sirey, París, 1950.

²⁹⁵ CHEVALLIER, Jacques, “L’obligation en droit public”, op. cit., p. 181.

²⁹⁶ Es la calificación que le da REMY, Philippe, op. cit., p. 328 al *Traité général de la responsabilité ou de l’action en dommages-intérêts en dehors de contrats*, presentado por SOURDART en 1852.

el desarrollo autónomo que adquirió la teoría del contrato administrativo”²⁹⁷. La responsabilidad *en dehors de contrats*, la responsabilidad fuera de los contratos, se fortaleció, la reacción frente a los reductos de irresponsabilidad de la Administración Pública generó una corriente que terminó por construir un enorme y robusto andamiaje de justificaciones, teorías, conceptos y elementos propios del Derecho Administrativo. Al mismo tiempo, una responsabilidad que ya existía cuando su par vio la luz, quedó atrás, como un paria se relegó y se le privó de la posibilidad de acompañar y fortalecer la responsabilidad extracontractual. No obstante, si se observa el camino conjunto que en ocasiones han recorrido la responsabilidad civil contractual y extracontractual de derecho privado, no resulta entonces descabellado el observar que sus construcciones también pudieron haberse retroalimentado cuando de lo que se trata es de la responsabilidad administrativa, que ello no haya ocurrido no puede ser sino motivo de consternación.

En Derecho Administrativo español algunos trabajos aluden a la responsabilidad contractual de la Administración Pública cuando desarrollan la responsabilidad patrimonial²⁹⁸, pero suelen declinar su desarrollo a partir de su referenciación a la regulación normativa particular del contrato administrativo. Otras aproximaciones al estudio de la responsabilidad patrimonial realizan una delimitación consciente a partir de la exclusión de las obligaciones de indemnización de la Administración en sus relaciones contractuales²⁹⁹. Normalmente el estudio sobre la eventual cabida de la responsabilidad contractual administrativa se redirige a las consecuencias patrimoniales de las prerrogativas públicas y a las lógicas derivadas del principio del equilibrio económico de los contratos administrativos.

Es verdad que se ha señalado que:

“la responsabilidad contractual o extracontractual, de la Administración o de los particulares son modalidades de una única institución jurídica dotada de la misma función (compensatoria) e iguales elementos (daño, hecho ilícito, nexo causal y título de imputación). Evidentemente hay múltiples y relevantes diferencias de régimen, pero éstas no deben ocultar que hay una ingente cantidad de aspectos comunes que permite afirmar la existencia de un sistema general de responsabilidad.”³⁰⁰

²⁹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 484.

²⁹⁸ Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 182 y ss.

²⁹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, op. cit., p. 950.

³⁰⁰ MEDINA ALCOZ, Luis “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, op. cit., p. 42.

Pero a la hora de ahondar sobre esta certera afirmación aun nos encontramos frente a un camino por construir. La segunda parte de este trabajo es precisamente el intento de reaccionar frente a ese vacío, inspirados en la posibilidad de una lectura unificada del instituto de la responsabilidad; pues a pesar de que, como podremos evidenciarlo a continuación, esta idea tiene bases sólidas en el derecho colombiano³⁰¹, incluso allí continúa pendiente por construir y por observar el alcance, las posibilidades y las consecuencias de proponer una lectura de conjunto de la responsabilidad civil contractual y extracontractual de la Administración Pública.

Por ahora podemos avanzar en algunas reflexiones, en particular en las que nos permiten observar que incluso en el marco de una relación contractual la Administración puede ocasionar daños que, las más de las veces, son sufridos por su contraparte al haber ocurrido un incumplimiento contractual, pero que en otras ocasiones se pueden derivar de una lógica que responde mejor a los postulados de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. En este tipo de situaciones sobre las que tendremos la oportunidad de profundizar, será fácil observar que “la distinción no está en la fuente de la responsabilidad sino en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vínculo contractual o extracontractual”³⁰², pero que este hecho no tiene ni debe excluir la remisión a una lógica general donde se evidencia, por un lado, una lesión atribuible a la acción u omisión administrativa y, por el otro, una reacción de la Administración que tiene por función principal el reparar el daño ocasionado. Lo que creemos, y acá de la mano de la doctrina civilista³⁰³, es que el contenido de las obligaciones jurídicas (huelga insistir que la responsabilidad civil es una de ellas) debe venir impuesto por cada tipo de actividad, por la actividad que realiza la Administración, sin que sea relevante la existencia o no del contrato.

³⁰¹ Los problemas de “non-cumul” referidos desde la discusión del derecho privado parecerían estar resueltos en un sistema que como el colombiano ha hecho del daño antijurídico el criterio general que gobierna el todo de la responsabilidad administrativa, sin embargo, esta no es una discusión que suela si quiera tener cabida.

³⁰² CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 486.

³⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 130.

CAPÍTULO V. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad civil de la Administración Pública es en la actualidad una institución jurídica de rango constitucional de trascendencia significativa en el ordenamiento jurídico de diversos países. Colombia y España constituyen dos ejemplos de constituciones políticas que dedican un lugar trascendente al establecimiento y la delimitación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El legado español en la consagración constitucional de la responsabilidad administrativa en Colombia es un hecho real, conocido y de evidente comprobación cuando se estudian las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente³⁰⁴. La lesión, el daño antijurídico, es el elemento compartido por ambas disposiciones constitucionales, cuya lectura inicial deja ver que comparten un fundamento común. No obstante, un estudio más pausado de los artículos 90 y 106.2 pone de manifiesto diferencias en la propia configuración normativa que, a pesar de no haber impedido recorrer un camino similar, han significado que en ocasiones los senderos no coincidan, lo que ha hecho del ordenamiento colombiano una cantera que puede proveer sustanciales elementos para que el ordenamiento español enfrente algunos de los inconvenientes que lo aquejan.

Constitución Política de España	Constitución Política de Colombia
Art. 106.2 “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”	Art. 90 “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Si se observa en detalle, mientras que el artículo 106.2 establece el derecho de los particulares a la reparación, el artículo 90 hace énfasis en el deber de reparación del Estado. Por otro lado, la remisión española a los “servicios públicos” despliega de

³⁰⁴ Una exposición completa del tema puede consultarse en HENAO, Juan Carlos, “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en: *Jornadas colombo-venezolanas de derecho público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 729-803; ver también HENAO, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial, 1864-1990*, v. I y II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.

inmediato una lógica de la actividad administrativa y su consecuente reflexión en torno a la tesis subjetiva u orgánica y a la concepción objetiva o funcional del servicio público, al tiempo que el artículo 90 hace referencia a las autoridades públicas, a todas ellas. “En los términos establecidos en la ley” ha hecho que las disposiciones normativas que regulan la materia en España sean más prolijas que en Colombia. Finalmente, la expresión colombiana, “que le sean imputables” hizo una gran diferencia, esto pues a pesar de que la imputación es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad en ambos ordenamientos, quizás la ausencia de consagración expresa de este elemento en el ordenamiento jurídico español justifica en parte el porqué se ha arribado a una discusión tan profunda sobre la responsabilidad objetiva global. Estas notas descritas son solo una breve muestra para justificar la importancia del análisis comparado y, más que ello, un diálogo fluido de ambos ordenamientos.

La lectura atenta del sistema español, del recorrido normativo que les permitió erigir a la responsabilidad como elemento fundacional de su Estado social y democrático de derecho, es una clave que permite entender mejor la configuración constitucional del Estado colombiano. El análisis, sin embargo, no se limitará a evidenciar la configuración española y a referir las discusiones sobre el alcance de una responsabilidad que se ha tornado en exceso objetiva (I), sino que tratará de demostrar cómo la normatividad constitucional colombiana sobre la responsabilidad civil de la Administración Pública y su aplicación en sede judicial (II), pueden constituir notas de significativo interés para, por un lado, suscitar reflexiones que parecen ausentes en el país ibérico, al tiempo que ofrece elementos de derecho comparado para afrontar en parte el debate sobre el excesivo alcance de la responsabilidad administrativa³⁰⁵.

³⁰⁵ La inspiración para esta presentación, a modo de diálogo de ambos ordenamientos, la tomamos de OSPINA, Andrés, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, quien, a partir de la lectura conjunta de los modelos de control judicial de la actividad de la Administración en Francia y Colombia, propuso “no una comparación ingenua, sino un ejercicio académico que pretende sembrar dudas, alcanzar ideas y generar discusión en ambos lados del Atlántico.”, p. 13.

I. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico español

Para que la Constitución española de 1978 reconociera una Administración responsable varios sucesos jurídicos, varias disposiciones normativas, tuvieron que tener lugar³⁰⁶.

En el origen de la consagración legal de la responsabilidad patrimonial administrativa en España la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 1954 ocupa un lugar primordial³⁰⁷: “la oportunidad de la nueva Ley fue, finalmente, utilizada para tratar en ella un tema cuya defectuosa regulación venía siendo una de las taras más graves de nuestro derecho positivo, el tema de la responsabilidad civil de la Administración por daños ocasionados a los patrimonios particulares”³⁰⁸. Desde entonces se señaló que esa inclusión de la responsabilidad civil en la ley, que se hizo “de un modo casi subrepticio”, marcaría una época, haría historia en el Derecho Administrativo español, una sentencia que sin duda se habría de cumplir.

A partir de los años 50 España abandonaría de manera tardía un sistema que en la práctica terminaba por ser un régimen de irresponsabilidad de la Administración. Con la consagración del artículo 121³⁰⁹ en la LEF, se produjo una “rectificación profunda” y se corrigieron, entre otros, “la dicotomía entre responsabilidad directa y subsidiaria”³¹⁰, se estableció además, y sobre todo, un sistema de responsabilidad de la Administración que se desvinculó de la culpa como centro, como eje articulador. Se estableció, en una

³⁰⁶ Sobre el origen y la evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España se pueden consultar, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 359 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, op. cit., pp. 949 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, t. II, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 539 y ss.; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 327 y ss.; MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., pp. 9 y ss.

³⁰⁷ Ya desde 1950 existía la Ley de Régimen Local que en su artículo 406.2 consagró una fórmula directa de responsabilidad administrativa, que a diferencia de lo que hasta ese entonces operaba con base en disposiciones civiles, establecía una obligación jurídica “cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes”; no obstante esta ley se encontraba restringida a regular el ámbito local.

³⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 28.

³⁰⁹ Artículo 121. “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

³¹⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, op. cit., p. 330.

lectura ampliamente compartida por la doctrina, un “principio general de la responsabilidad patrimonial objetiva.”³¹¹

Desde la LEF se erigió el daño antijurídico como el criterio central de la institución, desde allí, tal como lo señaló GARCÍA DE ENTERRÍA, se produjo “el giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo.”³¹²

El sistema descrito fue luego consagrado en términos similares en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, norma que tuvo una considerable vigencia y que gobernaba la responsabilidad administrativa para la época de la expedición de la Constitución de 1978. La consolidación de las notas fundacionales de la LEF, que han llegado en lo fundamental hasta la actualidad, no fue en todo caso pacífico, pues, como era de esperarse, el cambio era “demasiado grande y demasiado brusco también como para no suscitar dificultades”³¹³. De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA, a quien se deben las primeras reflexiones sobre la materia, dos décadas debieron pasar para que se superan los problemas y las prevenciones que el Tribunal Supremo español tuvo para acoger y sancionar plenamente la responsabilidad de la Administración. Por fortuna, para el inicio del proceso constituyente en 1977, la responsabilidad civil “había entrado ya plenamente en las costumbres, sin reservas ni reticencias de ninguna clase.”³¹⁴

La Constitución de 1978 recogió en su artículo 106.2 una responsabilidad general y única para todas las administraciones públicas en términos muy similares a los consagrados en 1954. De su estudio se desprenden los caracteres elementales que deben ser resaltados:

“Los elementos constitucionalizados son la lesión o daño, la imputación de la misma a la Administración, referida como funcionamiento de los servicios públicos, y el derecho de la víctima o titular de los bienes o derechos a ser indemnizado. Son elementos esenciales de la institución, y además por estar recogidos en la Constitución indisponibles para el legislador ordinario.”³¹⁵

³¹¹ *Ibid.*, p. 331.

³¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 175.

³¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 371 y 372.

³¹⁴ *Ibid.*, pp. 372 y 373.

³¹⁵ COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 583.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución, y en ejercicio de una competencia que fue atribuida al Estado por el artículo 149.1.18 para regular, entre otras, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas, se aprobó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que reguló, a partir del artículo 139, el derecho de los particulares a ser indemnizados por una lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Dos acontecimientos finales merecen ser referidos. Por un lado la reforma introducida por la Ley 4 de 1999 que añadió un inciso final al artículo 141.1 de la LRJPAC en los siguientes términos: “No serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”, una disposición que pretende excluir los llamados riesgos de desarrollo y que constituye una glosa muy significativa a efectos de la delimitación de la institución.

Finalmente, un suceso de reciente desarrollo lo constituye la derogatoria de la LRJPAC y su escisión en dos leyes que regulan, a su vez, el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, Ley 39/2015, de 1 de octubre, y el régimen jurídico del sector público, Ley 40/2015, de 1 de octubre, última que consagró en sus artículos 32 a 37 el régimen de la responsabilidad patrimonial.

A. Algunas notas particulares de la responsabilidad patrimonial administrativa en España

Los presupuestos, elementos o requisitos en la actual configuración, derivados de la Constitución y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), se pueden condensar en una lesión o daño antijurídico consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, daño que debe ser además efectivo, evaluable económicamente e individualizado³¹⁶.

³¹⁶ La presentación de estos requisitos o presupuestos no suele ser unánime en la doctrina administrativa española, sin embargo, los conceptos de un daño antijurídico imputable a un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y la mediación de una relación de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y el daño sufrido, suelen reiterarse en los diversos tratamientos.

El artículo 106.2 no es la disposición superior que establece en España un sistema general de responsabilidad civil del Estado. El tratamiento de la responsabilidad estatal está en realidad fraccionado en la Constitución; así, si bien el artículo 9 establece la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de todos ellos; para configurar la responsabilidad del Estado, al artículo 106.2 debe sumarse el artículo 121³¹⁷ que regula la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de justicia³¹⁸, última donde además, dado que “las causas determinantes de la responsabilidad son en este caso dos: el *error judicial* y el *funcionamiento anormal* de la administración de justicia. **No hay, pues, en este caso responsabilidad objetiva**”³¹⁹. (énfasis añadido)³²⁰

Para terminar de articular la responsabilidad de todos los poderes públicos en el ordenamiento español a partir de los fundamentos constitucionales se requiere entonces tener presente en particular las tres disposiciones citadas. Así, por ejemplo, parte de la doctrina acude al artículo 9.3 de la Constitución para encontrar una apoyatura constitucional que alcance a la responsabilidad del Estado-legislador³²¹. Esta evidencia sobre la escisión de la consagración constitucional de la responsabilidad del Estado³²² es de significativa relevancia en términos comparados, en especial cuando se observe cómo el fundamento constitucional de un ordenamiento jurídico como el colombiano, cimentado también en el daño antijurídico, es la base única de todo el sistema de responsabilidad estatal, de todos los poderes públicos, que incluye y explica incluso la responsabilidad contractual de la Administración Pública.

Dado el real alcance del artículo 106.2, delimitado a una lesión que sea la consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, se desprende una significativa

³¹⁷ Artículo 121. “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”.

³¹⁸ Cf. TORNOS MAS, Joaquín, “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, enero-abril de 1985, pp. 71-122.

³¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, op. cit., p. 930.

³²⁰ Parte de la doctrina administrativa, sin embargo, encuentra en el tratamiento de la prisión preventiva, consagrado con posterioridad en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, un supuesto que abre la posibilidad de una responsabilidad objetiva. Cf. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, op. cit., pp. 384 y ss.

³²¹ Supuesto que en todo caso no está exento de críticas, pues se ha dicho que esta responsabilidad aludida en el artículo 9.3 parece más una responsabilidad política que patrimonial. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 413.

³²² Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de otros poderes públicos, cf. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, op. cit., pp. 384 y ss.

consideración sobre la real configuración de la responsabilidad de la Administración Pública y de la aplicación de normas de Derecho Administrativo a efectos de la reparación. Ha sido BELADIEZ quien quizás se ha pronunciado de manera más contundente sobre el hecho de que la concepción constitucional de los servicios públicos a efectos de la responsabilidad no está limitada a la concepción de una actividad realizada por la Administración regida por un derecho sustantivo, sino que en realidad “hoy en día la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos no tiene por qué hacer referencia únicamente a la actividad que presta la Administración en régimen de Derecho Administrativo”³²³. En la mitad de la discusión no existe algo diferente a las posibles concepciones subjetiva u orgánica u objetiva o funcional del servicio público, dado, por demás, que una doctrina autorizada, con anterioridad a la posición discordante arriba mencionada, había ya señalado que “la expresión ‘servicios públicos’ hay que entenderla en sentido orgánico y no funcional y equipararla así, pura y simplemente, a la actividad de la Administración, sin buscar ningún matiz especial de diferenciación, aparte del que ya hemos considerado de exclusión de la actividad legislativa y la judicial.”³²⁴

La discusión es sin duda considerable porque pulsa una reflexión sobre el concepto mismo de los servicios públicos, sin embargo, concedores de los extensos debates que de acá se derivan, nos basta ahora con señalar cómo el ordenamiento español construyó la responsabilidad de la Administración, que abarca toda la actividad administrativa, a partir de este fundamental concepto, el servicio público, o mejor, el funcionamiento de los servicios públicos, concepción que se erige como el dato clave a efectos de determinar la configuración de la responsabilidad administrativa.

Finalmente debemos resaltar una nota característica diferencial de la estructura constitucional española, esto es, la referencia al papel del legislador en la configuración de la responsabilidad patrimonial administrativa. “En los términos establecidos por la ley” es una construcción constitucional que ha permitido una amplia regulación legislativa y que permite sin duda una mejor delimitación de la institución.

“lo cierto es que la Constitución no ha establecido una regulación concreta de la responsabilidad patrimonial administrativa, sino que ha atribuido esta función al

³²³ BELADIEZ ROJO, Margarita *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 43.

³²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 200.

Legislador, para que sea el Parlamento quien configure el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración atendiendo a las circunstancias existentes en cada momento histórico y a las exigencias de los intereses generales.”³²⁵

“En los términos establecidos por la ley” también abre la puerta a una atrayente discusión sobre la capacidad del legislador de limitar, modular o incluso eximir a la Administración de la responsabilidad en determinados supuestos, como ocurre con la regulación de la responsabilidad por daños nucleares, que es el resultado de compromisos internacionales y que en España está consagrada en la Ley 12/2011, de 27 de mayo. Es este, en todo caso, un aprendizaje significativo que suscita una discusión clave, que en un contexto como el colombiano quedaría sometido a un análisis de constitucionalidad más estricto, dada la ausencia de la disposición de rango superior de habilitación del legislador³²⁶.

B. La responsabilidad objetiva global y la doctrina crítica

La responsabilidad de la Administración Pública en España “ha comenzado a tambalearse tras más de cuarenta años de pacífica aceptación doctrinal”. Con esta precisa sentencia inicia MIR el estudio crítico del sistema de responsabilidad patrimonial en el país ibérico, un estudio crítico que hoy en día se ha ampliado y que ha puesto en cuarentena el sistema fundamentado en el concepto de daño antijurídico, inspirador de otros ordenamientos.

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España es una nota característica que tiene un importante basamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³²⁷. Es quizás la responsabilidad patrimonial por la actividad sanitaria la cantera de donde provienen las sentencias más representativas a efectos de la discusión doctrinal, y es precisamente de allí de donde provienen los materiales que le sirvieron a quien primero puso de presente la problemática derivada de una responsabilidad administrativa que prescindiera por completo del elemento de la culpa, o de la falla del servicio, o del funcionamiento anormal del servicio público.

³²⁵ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, op. cit., pp. 57 y 58.

³²⁶ Sobre los diversos regímenes legislativos de “responsabilidad” tendremos la oportunidad de profundizar en el título II de esta primera parte.

³²⁷ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 483-509.

Fue PANTALEÓN, en un artículo publicado en 1994³²⁸, quien al analizar algunas sentencias del Tribunal Supremo donde se sometía a juicio la Administración como titular del servicio de asistencia sanitaria, en las que además la conducta de los médicos “fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis*”, señaló que “a mi juicio, es tan claro que dichas sentencias han aplicado de manera impecable la interpretación absolutamente dominante del régimen legal de responsabilidad de la Administración [entiéndase el régimen de responsabilidad objetivo] como lo es que el resultado alcanzado por ellas es muy irrazonable”³²⁹. Para este civilista no deben aparejarse sin más el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos a efectos de responsabilidad patrimonial.

“Nuestro régimen legal de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en la forma en que lo interpreta la doctrina dominante, está a mi juicio mal concebido, tanto desde la perspectiva dogmática – no hay base alguna jurídico-dogmática para sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar ha de ser indemnizado por quien lo causa, [...] como desde un punto de vista de política jurídica.”³³⁰

Desde la doctrina administrativa española se ha profundizado en la inquietud sembrada por su par civil, y con MIR a la cabeza, se han explorado los problemas que se derivan de una responsabilidad objetiva calificada de global, en particular los problemas sobre el excesivo alcance, la excesiva generalidad y la excesiva uniformidad.

“La LEF, al instaurar, de este modo, un régimen de responsabilidad objetiva global de la Administración, no circunscrito a concretos sectores de su actividad, rompió doblemente, y de una forma particularmente brusca, con la situación anterior a 1950 [...] La Administración española pasó, pues, de la más absoluta de las irresponsabilidades, a la responsabilidad más absoluta, sin detenerse en el estadio intermedio más generalizado: la responsabilidad por culpa. [...] de ser el sujeto *menos* responsable del ordenamiento jurídico español, pasara a ser el *único* sometido a una responsabilidad objetiva global, extendida a *todos* los sectores de la actividad.”³³¹ (énfasis original).

El que la responsabilidad sea considerada como objetiva no ha terminado, sin embargo, por influir con todas sus notas características todo el sistema de responsabilidad administrativo, no ha desplegado su verdadero carácter expansivo en términos de

³²⁸ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, op. cit., pp. 239-253.

³²⁹ *Ibid.*, p. 244.

³³⁰ *Ibid.*, p. 245.

³³¹ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 15; ver también, FONT I LLOVET, Tomás, “Hacia la ‘escala’ de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999)”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106, 2000, pp. 237-243.

reparación de daños, pues (una vez más acudiendo a la responsabilidad sanitaria) se observa como el juez de la Administración, apoyado en el concepto de *lex artis*, ha terminado por resolver normalmente en sede de causalidad lo que debería afrontar en términos de imputación, esto cuando no acude a “una interpretación en clave culpabilística” del requisito del daño antijurídico.

“Expulsada así enfáticamente por la puerta [...], la culpa (la anormalidad) vuelve a entrar discretamente por la falsa ventana del daño antijurídico [...] En la práctica, si se prescinde de calificaciones jurídicas y se atiende al resultado final al que llegan las distintas sentencias, se observa también cómo la culpa (la anormalidad) se erige como el criterio básico de imputación manejado *de facto* por la Sala 3.^a del TS en materia sanitaria –y fuera de ella-”³³².

Una conclusión, que merece una consideración especial y que debe generar una ineludible reflexión para ordenamientos jurídicos que como el colombiano han elevado junto al concepto de daño antijurídico títulos de imputación y regímenes subjetivos y objetivos de responsabilidad, puede ser condensada en las siguientes palabras:

“Confieso que no he logrado entender la justificación del discurso de la doctrina dominante sobre los criterios de imputación de responsabilidad a la Administración, porque, desde sus premisas, no tendría que haber otro criterio de imputación que la “conexión causal entre el daño y la actuación de la Administración pública”. En concreto: ¿por qué se teoriza cuando el funcionamiento de un servicio debe considerarse anormal, si se piensa que a efectos de responsabilidad es exactamente igual que sea normal?”³³³

Es tranquilizador poder a su vez confesar el sosiego que produce encontrar en la doctrina más autorizada una reflexión con la que fácilmente se enfrenta quien por primera vez se aproxima a la configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento español, una responsabilidad que al tiempo que se cataloga de objetiva, se construye, desde el origen, alrededor de factores o títulos de imputación³³⁴.

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en España no es compartido por toda la doctrina administrativa, así, para DOMÉNECH la constitución española no pretendió establecer, ni estableció en realidad, un régimen indiferente a la culpa, un autor quien disiente de la tesis de la responsabilidad objetiva global y quien se aparta así

³³² MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, op. cit., p. 489.

³³³ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, op. cit., p. 247.

³³⁴ Para el propio GARCÍA DE ENTERRÍA “no basta la presencia del daño o la lesión patrimonial; es preciso para que la responsabilidad surja que su producción sea imputable en algún sentido a la Administración”, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 189.

de la idea de que el constituyente “haya querido establecer, siquiera como principio o regla general, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”³³⁵. Partidarios de esta posición doctrinal son MEDINA³³⁶ y COSCULLUELA, último para quien “el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho español ni es puramente objetivo, lo que supone prescindir de cualquier título que justifique la responsabilidad para basarse exclusivamente en la existencia del daño, como sostiene la mayor parte de la doctrina [...] ni es prevalentemente subjetivo como sostienen otros.”³³⁷

El debate sobre el real alcance de la responsabilidad administrativa en España y las perplejidades que de él resultan está sin duda avivado por los problemas que vienen aparejados a un sistema que pivota alrededor del concepto de lesión o daño antijurídico, querella que se entiende mejor cuando se recuerda, tal y como hemos tenido ya la oportunidad de señalar, el carácter vago y difuso de un concepto que hace de un daño que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar, el centro del sistema de responsabilidad de la Administración.

La enseñanza final queda perfectamente sintetizada en las propias palabras de quien suscitó una doctrina crítica: “la existencia de una responsabilidad objetiva general de las Administraciones públicas no es algo jurídicamente necesario ni naturalmente justo [...]”³³⁸

II. La responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano

El ordenamiento jurídico colombiano no conoció un principio general que disciplinara la responsabilidad civil del Estado sino hasta una época reciente. Fue en el año de 1991 que Colombia erigió un dispositivo normativo de rango constitucional que desde entonces ha fundamentado sólidamente la responsabilidad del Estado; sin embargo, ello

³³⁵ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en: Santamaría Pastor, Juan Alfonso (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, España, 2010, p. 696; ver también DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿responsabilidad objetiva o por culpa?”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre de 2010, pp. 179-231.

³³⁶ MEDINA ALCOZ, Luis, op. cit., p. 44.

³³⁷ COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 587.

³³⁸ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, op. cit., p. 252.

no impidió que con anterioridad a esa fecha existiera ya en nuestro derecho una amplia configuración de la responsabilidad administrativa producto de una densa construcción jurisprudencial que se basó, primero en normas de derecho civil y algunas normativas públicas relacionadas con daños derivados de guerras, de trabajos públicos o de expropiaciones, conocida en principio por la jurisdicción ordinaria, y luego en normas con notas más sustantivas y un juez especializado, con el Consejo de Estado a la cabeza de una jurisdicción contenciosa administrativa³³⁹.

Si la responsabilidad civil de la Administración Pública tiene en los años de 1873 y 1954 respectivamente dos fechas simbólicas y representativas en los ordenamientos jurídicos de corte continental francés y español, el año de 1991 constituye sin duda un hito significativo de la historia de la institución en el ordenamiento colombiano, referencia que por demás es útil para realizar una lectura dual, primero a partir del recorrido que llevó a la consagración constitucional de un Estado responsable, y luego su desarrollo ulterior.

Los primeros fallos en la materia fueron proferidos por la Corte Suprema de Justicia que detentaba la atribución general para dirimir las controversias contenciosas de la Nación. Parte de la doctrina encuentra en la sentencia de 22 de octubre de 1896 un antecedente histórico fundacional ineludible pues desde allí se señaló en cabeza del Estado una obligación de “reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos”³⁴⁰. Tal y como ocurrió en un número importante de ordenamientos herederos de los códigos civiles de Napoleón y de Andrés Bello, las disposiciones normativas privadas sirvieron de base para sustentar una responsabilidad indirecta que empezó a reconocerse por ese entonces en cabeza de personas jurídicas tanto privadas como públicas, de quienes se hizo posible predicar la atribución de una

³³⁹ Sobre el origen y la evolución de la responsabilidad civil de la Administración en Colombia se pueden consultar, entre otros, SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 739-832; VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos, *Derecho Administrativo*, 14ª ed., Legis, Bogotá, 2016, pp. 483-523; RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, 19ª ed., Temis, Bogotá, 2015, pp. 643-683; MOLINA BETANCUR, Carlos, “Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente”, en: *Opinión Jurídica*, vol. 4, núm. 7, Universidad de Medellín, 2005, pp. 43-66; HENAO, Juan Carlos, “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, op. cit., pp. 729-803; HENAO, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial, 1864-1990*, op. cit.; PAREJA, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico*, 2ª ed. Andes, Bogotá, 1940, pp. 486 y ss.

³⁴⁰ Los pronunciamientos jurisprudenciales son, sin embargo, anteriores. Así, de la mano del citado estudio de HENAO, pueden rastrear hacia el año de 1864.

obligación de carácter indemnizatorio. Las nociones de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* sustentaron esta primera etapa de una responsabilidad indirecta basada en las normas civiles.

Con posterioridad a las críticas que recibiera la tesis del desdoblamiento de la personalidad administrativa entre la suya propia y la de sus agentes, a efectos de establecer una responsabilidad indirecta, el artículo 2341 del Código Civil se constituyó en un nuevo sustento de la responsabilidad directa del Estado, erigiéndose sobre la llamada responsabilidad civil por el hecho propio. Para ese entonces “múltiples casos de sentencias condenatorias se presentaban sin que se discutiera si existía o no una cualificación de la culpa y sin que se tuviera en cuenta que se trataba de determinado servicio público.”³⁴¹

Una extensa y apasionante historia continua con protagonistas diversos y sucesos remarcables como las disposiciones sobre distribución de competencias que en 1964 terminaron por erigir la jurisdicción de lo contencioso administrativo como la competente para el conocimiento de las controversias sobre la responsabilidad de la Administración, a lo que se suma la construcción y reconocimiento de normas y teorías propias del derecho público para juzgar la responsabilidad del Estado. Baste ahora con señalar la importancia del arribo de la noción francesa de la falla del servicio³⁴² que fue utilizada tanto por la Corte Suprema como por el Consejo de Estado para declarar la responsabilidad de la Administración Pública³⁴³.

El establecimiento de un juez especializado para juzgar la responsabilidad de la Administración permitió la consolidación de las nociones de corte publicista como aquella de la falla del servicio, lo que no constituyó óbice para que con anterioridad a 1964 el Consejo de Estado (pues detentaba en todo caso una competencia residual), sostuviera que la responsabilidad del Estado no podía ser declarada con base en normas civiles sino en principios y doctrinas del Derecho Administrativo³⁴⁴. Ya desde 1947 el

³⁴¹ HENAO, Juan Carlos, “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, op. cit., p. 738.

³⁴² Cf. HENAO, Juan Carlos, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”, en: *Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos, Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 59-114.

³⁴³ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, op. cit., pp. 659 y 660, ubica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de junio de 1941 el comienzo de la aplicación de la noción de falla del servicio.

³⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 30 de septiembre de 1960.

ordenamiento jurídico colombiano había conocido tesis sustantivas como la que sirvió de fundamento a la sentencia del periódico El Siglo en la cual el Consejo de Estado falló bajo la égida de una responsabilidad objetiva, basada en la noción de daño especial.

Finalmente, debe ponerse en evidencia la remisión a algunas normas de rango constitucional que sirvieron de fundamento a la responsabilidad administrativa en ausencia de un principio general, en particular los dictados del artículo 16 de la antigua Constitución de 1886 que establecía el deber de las autoridades de la República de proteger a los residentes en su vida, honra y bienes, además de los artículos 31-33 sobre el derecho de propiedad y los límites a la expropiación.

A. Algunas notas particulares de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia

Llegado el momento en el que se consagró en la Constitución de 1991 el principio general de la responsabilidad del Estado, existía ya una jurisdicción especializada y una línea jurisprudencial sólida que reconocía la responsabilidad administrativa con base en nociones sustantivas inspiradas principalmente en la responsabilidad patrimonial pública de corte francés, donde se podía declarar la responsabilidad subjetiva u objetiva de la Administración basada en la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial como títulos de imputación del daño a la actividad administrativa.

Este panorama acompañó a los redactores de la Constitución, quienes terminaron por añadir un elemento fundacional constituyente en la noción de lesión, de daño antijurídico, proveniente de la configuración de la responsabilidad de la Administración española. Así, a la idea de un daño que no se está en la obligación jurídica de soportar se le suman los títulos de imputación reseñados, una situación que si bien pudo haber representado un enorme reto para armonizar las concepciones, terminó por evitar que las notas problemáticas de la responsabilidad objetiva global se constituyeran en elementos de igual perturbación en el ordenamiento colombiano.

La falla del servicio ha sido y continúa siendo el principal título de imputación de la responsabilidad, al que debe acudir con anterioridad al estudio de una eventual responsabilidad de carácter objetivo. El ordenamiento jurídico colombiano no es entonces indiferente al origen del daño, a la actividad desplegada por la Administración a efectos de responsabilidad. En los distintos fallos en los que se juzga la responsabilidad de la Administración el tipo de actividad administrativa desplegada

tiene un papel muy significativo, tanto como que la jurisprudencia (en ausencia de un desarrollo legislativo) ha terminado por configurar sectores de la Administración de los cuales se predicen típicos títulos de imputación. La responsabilidad por la actividad médico-sanitaria es un ejemplo muy representativo de lo que acá se sostiene³⁴⁵, que demuestra además la problemática derivada de una jurisdicción vacilante que modifica su posición, todo en ausencia de deseables pronunciamientos legislativos que doten al sistema no solo ya de mayor legitimidad devenida de la observancia del principio democrático, sino de una mayor estabilidad y seguridad para el ciudadano que enfrenta un proceso judicial donde pretende la indemnización de daños derivados de la actuación de la Administración.

El título de imputación³⁴⁶ al que se acude para declarar la responsabilidad de la Administración en materia médico-sanitaria es hoy en día la falla probada del servicio, no obstante el régimen aplicable ha variado, en especial en cuanto al régimen probatorio a aplicar que ha pretendido colorearlo de tintes objetivos. En un principio la jurisdicción acudía al concepto de falla del servicio que debía ser probada por el demandante, situación que empezó a modificarse hacia el año de 1992 cuando el Consejo de Estado señalara que dadas las particularidades y complejidades probatorias en los casos de responsabilidad sanitaria, la Administración estaba en mejores condiciones para acreditar el cumplimiento de la *lex artis*³⁴⁷, “si bien en la providencia no se define la inversión probatoria como ‘falla presunta’, es posible afirmar que a partir de esta fecha la jurisprudencia asume una posición clara en relación con el morigeramiento o atenuación probatoria”³⁴⁸. Empieza a configurarse de este modo un régimen que se encuentra a mitad de camino entre la responsabilidad por falla del servicio y la responsabilidad objetiva de la Administración.

Para la doctrina más autorizada, fue a partir de 1992³⁴⁹ que se puede afirmar que el Consejo de Estado acogió el esquema de la falla presunta que:

³⁴⁵ Cf. GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, op. cit., en especial el capítulo VII dedicado al estudio de la responsabilidad del Estado por la actividad médico-sanitaria.

³⁴⁶ El desarrollo de los títulos de imputación en el ordenamiento jurídico colombiano se hará en detalle en el título II de esta primera parte dentro de los requisitos de la responsabilidad.

³⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 6897.

³⁴⁸ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, op. cit., pp. 548 y 549.

³⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 1992, exp. 6754.

“permitió radicar en cabeza de la administración pública una presunción de hecho (*iuris tantum* o de hombre), que supone, *prima facie*, en cada caso concreto, que el daño antijurídico en la atención médico-hospitalaria, cuando se relacionaba con la prestación del servicio público de salud, derivaba de la ocurrencia de una falla del servicio, motivo por el cual a la administración hospitalaria le correspondía acreditar su diligencia y cuidado [...]”³⁵⁰

Podemos terminar por señalar cómo en esta materia la jurisprudencia adoptó luego por algunos años la tesis de la carga dinámica probatoria, en especial a partir del año 2000³⁵¹, y finalmente retorno, ya en el 2006³⁵², a la tesis inicial de la falla probada.

Otras actividades como la conducción de energía o el uso de armas de fuego son ejemplos de las actividades que se suelen juzgar bajo un régimen de responsabilidad particular, en este caso, el régimen objetivo basado en el riesgo excepcional. Aunque no debe olvidarse que en ellas también puede existir una falla del servicio, que al estar presente desplaza otros factores de atribución, por ello, es en su ausencia que se activa una lógica secuencial en la que los títulos objetivos de riesgo excepcional y daño especial entran en juego.

Lo que queremos poner en evidencia como nota particular del ordenamiento colombiano es la omnicomprensiva construcción judicial de regímenes subjetivos u objetivos. Así, quizás en parte debido a la falta de una disposición constitucional que se redirija al legislador para establecer los precisos términos de la responsabilidad administrativa (aunque señalamos que ello no constituye ni mucho menos un impedimento para que en efecto el legislador así proceda), y a falta de desarrollos legales sobre la materia, la jurisprudencia administrativa ha erigido para sí una sólida construcción a partir de los llamados regímenes o títulos de imputación.

Ya en 1989 puede rastrearse una línea jurisprudencial que al tiempo que recoge, con anterioridad a la proclamación de la Constitución, el desarrollo y la consolidación de los regímenes de responsabilidad, erige al régimen de la falla del servicio como “el derecho común de la responsabilidad administrativa”, y pone además en evidencia la existencia

³⁵⁰ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, op. cit., p. 549.

³⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878

³⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772.

de otros regímenes de responsabilidad y las actividades típicamente administrativas donde tienen lugar³⁵³.

El desarrollo legal del artículo 90 no ha tenido entonces mayor desenvolvimiento al específicamente consagrado en la Ley 1437 de 2011 que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que acude a diversas disposiciones para establecer, primero el principio de responsabilidad, y luego el llamado medio de control o acción de reparación directa³⁵⁴.

Al observar con detenimiento, según la estructura normativa del artículo 90, no basta con que el daño se catalogue de antijurídico sino que debe poder ser imputado al Estado, imputación que, insistimos, hizo una gran diferencia en cuanto al camino recorrido por el ordenamiento español. Adicionalmente, cuando se agudiza el análisis y se paran mientes en la disposición constitucional, es fácil ver que el concepto de responsabilidad objetiva global se enfrenta al problema de un Estado que responde por las omisiones, “y lo cierto es que la responsabilidad por omisión simple, necesariamente se funda en la culpa, pues solo quien incumple un deber de actuar incurre en responsabilidad”³⁵⁵. Lo que deja en evidencia que, incluso si algunos primeros pronunciamientos jurisprudenciales se dejaron seducir por la tesis de la responsabilidad objetiva global³⁵⁶, pronto se corrigió el rumbo, un rumbo que había quedado trazado en la configuración misma del artículo constitucional. De allí que para el Consejo de Estado “[...] decir antijurídico no significa que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal [...] la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla de servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.”³⁵⁷

³⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 1989.

³⁵⁴ “Artículo 140. *Reparación directa*. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”.

³⁵⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, Temis, Bogotá, 2000, p. 29.

³⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 1991, exp. 6784.

³⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de agosto de 1994.

Sobre esta misma línea de pensamiento parte de la doctrina sostiene incluso que el artículo 90 “no ensanchó el campo de la responsabilidad objetiva [y que] en el fondo, se conservan las mismas diferencias de regímenes existentes antes de 1991.”³⁵⁸

Como se observa, el daño antijurídico, fundamento de la responsabilidad, no ha impedido que la jurisprudencia acuda a los títulos de imputación para terminar de estructurar el régimen de responsabilidad. Así, en un régimen típicamente subjetivo, donde deba acreditarse la falla del servicio, si ello no ocurre la Administración no será responsable, incluso si el daño antijurídico como criterio inicial y primigenio, como primer requisito a analizar, estaba presente. Esta estructura lo que pone en evidencia es el alcance limitado que en el ordenamiento jurídico colombiano se le ha otorgado al concepto de lesión antijurídica, pues aunque en una primera etapa se predique la concurrencia de un daño (daño antijurídico), cuando en una etapa posterior se analizan los factores de imputación para poder atribuir la responsabilidad a una actuación administrativa, un daño que por definición podía ser inicialmente antijurídico, porque no existía el deber de soportarlo, deja de cumplir con los requisitos de su propia definición, pues al no ser indemnizado por la Administración (porque no existió por ejemplo falla del servicio, debiendo acreditarse), la consecuencia necesaria termina siendo que el daño debe terminar siendo soportado por la víctima. Al final del análisis no hay nada diferente a un concepto de daño antijurídico que, como elemento inicial, principal y primigenio de la responsabilidad, aporta poco a la estructura jurídica de la institución de la responsabilidad. El apellidar el daño con la nota de la antijuridicidad de la lesión misma (que no de la conducta), hace que esa definición *a priori* de perjuicio que no se está en la obligación jurídica de soportar, termine desvirtuada por el posterior análisis de la imputación a la actividad administrativa.

Visto este panorama se entiende entonces que se haya señalado que “ha llegado ya el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad de la Administración y del instituto de expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay deber de soportar.”³⁵⁹

Lo que esperamos que a este punto haya quedado en evidencia es cómo el artículo 90 constitucional heredó del ordenamiento jurídico español la concepción de la lesión

³⁵⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 38.

³⁵⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, op. cit., p. 253.

antijurídica, pero ello no impidió que recorriéramos otro camino, quizás menos azaroso al recorrido en España, al acudir a los factores de imputación y al darles una real aplicación (pues en España aunque se conozcan y se presenten en los diversos trabajos especializados, no son un recurso que en sede judicial se suela desplegar como factor de atribución de responsabilidad³⁶⁰). El recurso a los factores de imputación, de raigambre francés y de probada convivencia con la concepción de lesión antijurídica, es sin duda un aprendizaje útil para un ordenamiento español donde se ha hecho el llamado para hacer del funcionamiento anormal el título general de imputación³⁶¹. El recurso a los factores de imputación evita que los problemas que se deben resolver en observancia al tipo de actividad que ha desarrollado la Administración, en consideración a la forma en que ella actúa, terminen resolviéndose de manera velada acudiendo erradamente a la causalidad o al daño antijurídico al que soterradamente se le introducen problemáticas consideraciones culpabilísticas.

Finalmente, una nota característica del ordenamiento colombiano, que ahora anunciamos y que desarrollaremos en el apartado siguiente, es el alcance del artículo 90 como fundamento constitucional de todo el sistema de responsabilidad del Estado, que cobija tanto la responsabilidad del legislador como la derivada del funcionamiento de la Administración de justicia y que incluye, además, la responsabilidad contractual de la Administración. La Constitución de 1991 erigió así el daño antijurídico como el fundamento general de todo el sistema de responsabilidad estatal.

B. El daño antijurídico, el elemento fundamental de todo el sistema que explica, incluso, la responsabilidad contractual de la Administración

Sobre el artículo 90 y su especial referencia al daño antijurídico se echó encima toda la responsabilidad del Estado colombiano, de todos los poderes públicos, tanto si es de carácter subjetiva como objetiva, sea su naturaleza extracontractual o contractual. ¡Vaya peso que soporta este fundamental artículo constitucional!

¿Cómo es ello posible y es ello deseable? Son preguntas necesarias en especial cuando desde la doctrina española se ha señalado que el artículo 106.2, que insistimos solo regula la responsabilidad administrativa, es ya una única cláusula con la que el legislador pretende solventar una cuestión muy compleja (excesiva generalidad),

³⁶⁰ Cf. *Infra* capítulo III del título II.

³⁶¹ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., pp. 324 y ss.

además de hacer que se compartan unos criterios y requisitos en una responsabilidad que se presenta en ámbitos muy variados de la actuación administrativa (excesiva uniformidad)³⁶².

Resolver estos interrogantes implica estudiar cómo es que puede hoy predicarse la unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa a partir de los dictados del artículo 90, esto es, a partir de las consideraciones en torno al daño antijurídico.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política la Corte Constitucional se enfrentó a una demanda de inconstitucionalidad de un apartado del Estatuto Contractual colombiano (Ley 80 de 1993), un artículo que en criterio del demandante hacía que en materia de responsabilidad contractual de la Administración se partiera del análisis del comportamiento de la entidad pública y no del concepto constitucional de daño antijurídico. El análisis le sirvió a la Corte para declarar la exequibilidad de la norma en el entendido que la misma debía ser interpretada en concordancia con el artículo 90 de la Constitución, y sostener que:

“el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y **comprende** por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también **el sistema de responsabilidad precontractual** (derivado de la ruptura de la relación jurídico administrativa precontractual) **así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual**”³⁶³ (énfasis añadido).

Esta nota tan característica de la responsabilidad administrativa colombiana, que es producto más de la interpretación judicial que de una configuración constitucional expresa, había sido antes sostenida por el juez de la Administración. El Consejo de Estado había señalado con anterioridad que el artículo 90 es “el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o extracontractual.”³⁶⁴

Es verdad que las consecuencias de esta concepción siguen pendientes por ser abordadas desde la doctrina administrativa colombiana, es verdad que el hecho de que la responsabilidad del artículo 90 cubra también la responsabilidad contractual de la Administración es una tesis de la que todavía debe comprobarse su alcance y real

³⁶² *Ibid.*, p. 39.

³⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

³⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993, exp. 8163.

posibilidad, de allí que gran parte de nuestra motivación en la segunda parte del presente trabajo sea tratar de acreditar en qué medida el sistema general construido normalmente a partir de la responsabilidad extracontractual tiene un rendimiento suficiente y encaja en la lógica de una Administración que ocasiona un perjuicio en el marco de un contrato administrativo.

Por ahora debemos dejar anotado cómo la referida nota característica de la responsabilidad civil de la Administración Pública en Colombia no resulta del todo extraña a la doctrina administrativa española, pues allí, aunque a título meramente enunciativo, se ha sostenido que “la amplísima formulación de la Ley (“toda lesión... consecuencia” etc.) puede comprender, indudablemente, tanto situaciones contractuales como extracontractuales”³⁶⁵. La delimitación entre la responsabilidad contractual y extracontractual no es pues totalmente ajena a la doctrina ibérica³⁶⁶, y aunque no se suele ahondar en sus repercusiones, como lo hemos visto, se sostiene que “la responsabilidad contractual o extracontractual, de la Administración o de los particulares son modalidades de una única institución jurídica”.

En un sentido similar BELADIEZ, al estudiar el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, señala que a la Ley de Contratos del Estado, entre otros, “les resulta aplicable el artículo 106.2 de la Constitución, pues este precepto constituye el eje central en torno al cual se configura la institución [...] De ahí que el referido precepto constitucional constituya el régimen jurídico básico (y en algunos casos el único) de los diversos modos en que esta institución puede manifestarse.”³⁶⁷

Al final de esta particular reflexión se pone de presente, de la mano de los pronunciamientos y las interpretaciones jurisprudenciales, la manera en que en Colombia se ha erigido al daño antijurídico como un fundamento de amplio espectro, lo que representa un gran reto en términos de coherencia y capacidad explicativa. Por ahora puede evidenciarse cómo a la pregunta ¿si a partir del concepto de daño antijurídico se ha construido un sistema unificado que se aplica tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual de la Administración? Colombia

³⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 205.

³⁶⁶ Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 182 y ss.

³⁶⁷ BELADIEZ ROJO, Margarita, op. cit., p. 62.

tiene una respuesta clara (por lo menos en términos conceptuales³⁶⁸); en España, por otro lado, la discusión no se ha dado con la misma intensidad, es en realidad una discusión que se torna ajena y lejana.

³⁶⁸ Pues veremos que en el desarrollo y frente al verdadero alcance de esta concepción aún queda un largo camino por recorrer.

TÍTULO II – PRESUPUESTOS, REQUISITOS O RASGOS CARACTERÍSTICOS: LA FUNDAMENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA A PARTIR DE SUS CONDICIONES DE EXISTENCIA

CAPÍTULO I. SOBRE LOS REQUISITOS O CONDICIONES DE EXISTENCIA

El trayecto recorrido sobre los fundamentos y las funciones de la responsabilidad civil pública dejó al descubierto una multiplicidad de desencuentros doctrinales, una variedad de posiciones sobre las que es difícil predicar algún grado de homogeneidad en cuanto a sus notas más fundamentales. No nos espera un panorama muy diferente en el estudio de las condiciones de la responsabilidad. Ante la pregunta de ¿cuáles son los elementos, requisitos o condiciones para que nazca la responsabilidad civil? la doctrina, la jurisprudencia e incluso las configuraciones normativas tienen aproximaciones heterogéneas, que se ven acusadas cuando se analizan la doctrina civil y sus miramientos (I), y la doctrina administrativa y su correspondiente falta de concreción (II).

El retorno sobre estas condiciones de existencia, cuando se ha discurrido tanto sobre ellas, podría parecer necio, pues pudiera señalarse que lo que de ellas se predica o bien constituye ya una teoría acabada, o bien lo que denota es la imposibilidad de llegar a ello. Sin embargo, el que volvamos sobre los elementos es una indicación de que, al tiempo que se torna difícil una teoría consumada, su estudio en la responsabilidad civil es ineludible.

I. Elementos en la doctrina civil

En derecho civil las condiciones de la responsabilidad suelen tener una consideración tripartita: “la responsabilidad civil supone siempre un daño vinculado a una actividad del responsable por una relación de causalidad”³⁶⁹. LE TOURNEAU, en un plano similar, señala que las condiciones son el perjuicio, la relación de causalidad y la intervención del autor³⁷⁰.

³⁶⁹ VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice y CARVAL Suzanne, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4e. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2013, p.1.

³⁷⁰ LE TOURNEAU, Phillipe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, op. cit., pp. 519 y ss.

Para TAMAYO “tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual exigen una conducta del demandado [...] es necesario que haya un daño y que ese daño sea causado por la conducta del agente”³⁷¹.

Al presentar la llamada concepción tradicional de los elementos de la responsabilidad civil en el ordenamiento español, ÁLVAREZ OLALLA da cuenta de cuatro elementos: “la acción u omisión, el daño, la relación de causalidad y la concurrencia de un criterio de imputación subjetivo (culpabilidad o riesgo)”³⁷².

YZQUIERDO coincide con la necesidad de la presencia de estos cuatro elementos³⁷³, los que además equipara como condiciones tanto para la responsabilidad extracontractual como para la contractual:

“para que exista responsabilidad civil es necesario que una **acción u omisión** guarde relación con un **daño** [...] una **relación de causalidad**. A este triángulo de requisitos vendrá a añadirse el adecuado **factor de atribución**, que permitirá justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio. En ambos terrenos de la responsabilidad civil, y por muy partidario que se sea de la separación de regímenes, está claro que en una y en otra esfera será necesario que se den tales elementos.”³⁷⁴ (énfasis original)

A los elementos comúnmente recurridos, en algunas ocasiones se añade el requisito de la antijuridicidad o ilicitud que puede consistir en la vulneración de un precepto legal imperativo o prohibitivo o en la violación de un deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere*)³⁷⁵. La antijuridicidad, que es propia del derecho de daños, se referiría así a un juicio de desvalor del resultado, no de la conducta³⁷⁶.

Esta propuesta se objeta desde la propia doctrina civil española, para quien “[...] **en nuestro Derecho, la antijuridicidad no es un elemento de la responsabilidad civil**. La antijuridicidad tiene una operatividad inexistente en la actualidad, una vez alcanzado el sistema de reparación del daño el grado de desarrollo actual, su invocación como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual es, en fin, algo carente de

³⁷¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 187.

³⁷² ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 17

³⁷³ A esta posición, que coincide con la necesidad de que concurren cuatro requisitos, se puede sumar la presentada por DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 323

³⁷⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 137.

³⁷⁵ Cf. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pp. 258 y ss; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Argentina, 1971, p. 23.

³⁷⁶ En este sentido se expresa DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pp. 303 y 304.

interés si se quiere con ella separar los daños reparables de los que no lo son.”³⁷⁷
(énfasis original)

Al final, en medio de un extenso concurso de puntos de vista, cuyo estudio exhaustivo excede nuestro objeto, sobresalen con reiteración el daño, el hecho generador y un tipo de relación entre estos dos elementos, como factores decisivos. Son entonces estos requisitos los que se suelen privilegiar como condiciones de existencia.

II. Elementos en la doctrina administrativa

Para una fracción de la doctrina administrativa “el deber jurídico de indemnizar surge por la concurrencia de tres requisitos: la lesión resarcible [...], la imputación del daño [...] y, por último, la relación de causalidad”³⁷⁸.

La presencia de estas tres condiciones se exhibe también como una constante en la doctrina francesa. Así, “la responsabilidad, en derecho público como en derecho privado, supone reunir tres condiciones: la existencia de un daño; la posibilidad de vincular ese daño a una persona determinada, o imputabilidad del daño; [...] y finalmente un hecho generador que presenta ciertas características jurídicas de donde se deriva la obligación de reparar”³⁷⁹. Por su parte, para CHAPUS “[...] toda responsabilidad supone la comisión de un hecho dañino [...], la realización de un perjuicio y la existencia de una relación de causa y efecto entre el hecho y el perjuicio. Están contenidos a decir verdad en la fórmula sintética: ‘comisión de un hecho dañino’”³⁸⁰.

En el Derecho Administrativo colombiano, de la mano de la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado³⁸¹, de la Corte Constitucional³⁸², y de autores especialistas en la

³⁷⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pp. 139 y 142.

³⁷⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, t. II, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 547.

³⁷⁹ RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit Administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2004, p. 401.

³⁸⁰ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 8, París, 1957, p. 349 ; ver también *Droit administratif général*, t. I, 15ª ed., Montchrestien, París, 2001, pp. 1235 y ss.

³⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de julio de 2015.

³⁸² Corte Constitucional, sentencia C-957 de 2014.

materia como GIL BOTERO³⁸³, dos son los elementos necesarios: el daño antijurídico y la imputación.

Esta dualidad desafía una estructura tradicional compuesta por tres elementos, a saber: el daño, la imputación y el fundamento, dicotomía que es expuesta por PATIÑO al presentar una reflexión sobre la estructura trípode o bípode de la responsabilidad³⁸⁴.

A pesar del creciente acuerdo que parece converger hacia la concreción de dos requisitos particulares de la responsabilidad civil, en la doctrina administrativa colombiana también existen posiciones que encuentran en la actuación de la Administración, el daño o perjuicio y el nexo causal entre el daño y la actuación, los elementos de la responsabilidad³⁸⁵.

En la jurisprudencia constitucional y administrativa de antaño también han estado presentes otra serie de enfoques que abogan por un número mayor de condiciones:

Tres son los requisitos que anteriormente identificaba la jurisprudencia: “i) un daño antijurídico que le sea imputable, ii) causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y iii) existe una relación de causalidad entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente público.”³⁸⁶

Incluso, al igual que ocurre con el derecho privado, se ha afirmado la necesidad de que concurren cuatro elementos: “bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación.”³⁸⁷

Los presupuestos, elementos o requisitos en la actual configuración española, derivados de la Constitución y de la LRJSP, se pueden esquematizar a partir de la lesión o daño antijurídico que sea la consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Como corolario de esta construcción normativa, parte de la doctrina advierte que los requisitos que deben concurrir para que surja la responsabilidad

³⁸³ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, op. cit., p. 113.

³⁸⁴ Cf. PATIÑO DOMÍNGUEZ, Héctor, “El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 165-180.

³⁸⁵ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, op. cit., pp. 647 y ss.

³⁸⁶ Corte Constitucional, sentencias C-338 de 2006 y C-892 de 2001.

³⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118.

administrativa son dos: la lesión de un derecho o bien jurídicamente protegido y un nexo de causalidad entre dicha lesión y el funcionamiento de los servicios públicos³⁸⁸.

En la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado español, a pesar de la anotada lógica bipartita, se suelen relacionar tres requisitos: el hecho constitutivo de una acción u omisión imputable a la Administración, la producción de un daño o perjuicio efectivo y la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre el hecho, acción u omisión y el daño o perjuicio³⁸⁹.

Si se observa con atención esta exposición de un universo heterogéneo, incluso cuando se acuerda en que sean tres las condiciones, estas no coinciden en las diversas presentaciones. Aunque normalmente se hace referencia al daño, la acción y un nexo de causalidad, en ocasiones se reemplaza la acción o el requisito del nexo causal por la imputación, última que se entiende desde una imputación en ocasiones fáctica y en otras jurídica, donde entran a jugar un papel preponderante los llamados factores de atribución de la responsabilidad.

Al final, el que sean dos o tres (o cuatro) los elementos de la responsabilidad, depende en gran medida de la forma en que se estudie la institución jurídica, por ello, en la construcción que aquí se presenta, se observará un especial énfasis en la importancia de la actividad administrativa, en el hecho de que para que concurra la responsabilidad civil de la Administración se requiere inexorablemente un daño que provenga del funcionamiento del servicio, de la actuación de la Administración.

La forma como se presentan en esta construcción los requisitos o condiciones de existencia, no está desprovista de una intención especial, por el contrario, obedece a una consideración sobre el orden de importancia y peso relativo de cada uno. Una perspectiva que constituye de antemano una toma de posición, pues, con el recorrido en el que nos embarcaremos a continuación para construir nuestra panorámica de las condiciones, y en especial, hacia el final del presente título, esperamos queden depuradas y expuestas las razones que nos llevan, por ejemplo, a eliminar del cobijo de la responsabilidad administrativa una serie de situaciones, de daños frente a los que se reacciona, que no se derivan de la actividad de la Administración.

³⁸⁸ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, op. cit., p. 154.

³⁸⁹ Consejo de Estado, dictamen de 20 de octubre de 2016.

III. La incertidumbre y sus efectos sobre los elementos tradicionales de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil está teóricamente regida por una serie de requisitos, de condiciones de existencia que se enuncian como reglas generales; a su vez cada uno de los elementos de la responsabilidad está compuesto por un orden de subreglas que deben ser observadas; no obstante, la realidad de la práctica muestra que las excepciones son legión, no se constituyen en la excepción que confirma la regla, en realidad las llamadas reglas generales poco ocurren. Certeza del daño, el daño como medida de reparación, la existencia de una relación de causalidad, son algunos de los ejemplos que nos serán útiles para mostrar las constantes incertidumbres a las que está sometida la institución de la responsabilidad civil extracontractual.

El recurso a los títulos de imputación es otro ejemplo que merece ahora una anotación adicional, pues la práctica jurisprudencial de un país como España deja de manifiesto una perplejidad para quienes se aproximan, desde fuera, a su estudio. A pesar de que los llamados títulos de imputación son conocidos en este ordenamiento jurídico, que hayan sido referidos desde las primeras construcciones teóricas sobre el instituto resarcitorio³⁹⁰, no son una técnica que se despliegue en sede judicial, por lo menos no como se desarrollan en otros ordenamientos en lo que se acude a ellos cada vez que se realiza un ejercicio de atribución de responsabilidad. No se es muy preciso con la aplicación de estos factores, tanto como que la concepción de los llamados títulos de imputación en España recuerda una ilustrada frase de GARCÍA DE ENTERRÍA quien señalaba que “evidentemente, esta institución de la responsabilidad civil, en la realidad de otros países, no es la misma que la que se aplica entre nosotros con el mismo nombre”³⁹¹; así, a pesar de que la doctrina refiere con frecuencia los títulos de imputación, su aplicación en sede judicial parece ser otra cosa a lo que con el mismo nombre se desarrolla en otras latitudes. En el país ibérico no se realiza un verdadero juicio de imputación con base en un título específico, quizás (como se verá más adelante), debido al refugio que la jurisprudencia ha hallado en la causalidad, sede

³⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 189 y ss.

³⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, prólogo a LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 15.

donde trata de contrarrestar las posibles consecuencias expansivas de una responsabilidad catalogada como objetiva.

Aunque los títulos de imputación son constantemente referidos, luego la jurisprudencia no acude a ellos para atribuir, a partir de su particular observancia, la responsabilidad de la Administración. La ventaja de construir típicos títulos de imputación, como la falla del servicio, o el funcionamiento anormal, al lado del riesgo y el daño especial, se deriva precisamente de la necesidad de establecer, o no, deberes concretos por parte de los actores. Esta falencia queda justamente expuesta en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado español de significativa consideración por la sensibilidad social que ha tenido el caso del accidente de una aeronave que transportaba miembros de las fuerzas militares (conocido como el YAK 42). En el dictamen, donde al parecer se opta por la responsabilidad basada en una actividad riesgosa como el transporte aéreo, luego se acude a la inobservancia de deberes administrativos, incluso de naturaleza contractual, para redondear el juicio de responsabilidad. No hay necesidad de que así se proceda, es más, constituye una reconducción innecesaria y confusa, el tratar de hilar deberes de conducta de la Administración luego de calificar que lo que procede es una responsabilidad de tipo objetivo, donde solo la fuerza mayor permitiría eximirse.

La referida imposibilidad de conseguir certezas no es, ni mucho menos, una invitación a claudicar, a abandonar el camino; todo lo contrario, es un llamado a construir sobre esta incertidumbre, nuevas bases. Por ello, más que una simple identificación de los elementos tradicionales de la responsabilidad, nos proponemos, a la vez, su lectura crítica, su reconfiguración.

CAPÍTULO II. EL DAÑO, EL ELEMENTO COMÚN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

“Estoy plenamente persuadido de la conveniencia de encuadrar el estudio de la responsabilidad civil en el daño, fundamento esencial e indefectible de ella”³⁹². Con estas palabras, que constituyen a su vez una revelación y una invitación, inicia DE CUPIS su estudio de la responsabilidad civil a través del lente con el que considera debe ser leído el conjunto de la institución, el lente del daño. La importancia cardinal del daño para la institución de la responsabilidad no puede enfatizarse suficientemente, es su elemento inmanente, inherente, “es el presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo”³⁹³. Su jerarquía nos tienta incluso constantemente a ubicar en este elemento el fundamento último de la responsabilidad, y ello sería así sino fuese porque la ausencia del resto de requisitos nos llevará a evidenciar que su sola existencia no es suficiente a efectos de desplegar la obligación resarcitoria.

Superado el aforismo “*pas de responsabilité sans faute*”, hemos pasado a un extenso consenso alrededor de la idea de que no existe responsabilidad sin daño, tanto como que hoy se señale que el daño tiende a convertirse en *el alfa y el omega* de la responsabilidad civil³⁹⁴.

“El daño, además de ser uno de los presupuestos, es sin duda el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil y de la reparación, tanto en la vía contractual como en la extracontractual”³⁹⁵. Veremos además que el daño, como condición de la responsabilidad civil, tiene las mismas características tanto si es un daño contractual como extracontractual, es un elemento común que está siempre presente³⁹⁶.

Dada la importancia del primer elemento de la institución, que ha llevado a que con frecuencia se refiera a la responsabilidad civil como una especie del “derecho de daños” en cuya ausencia no tiene sentido continuar indagación adicional alguna, pues “si se

³⁹² DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità Civile*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1966. Versión en español: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1966, p. 71.

³⁹³ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, op. cit., p. 25.

³⁹⁴ LE TOURNEAU, Philippe, et al., op. cit., p. 529.

³⁹⁵ BUSTO LAGO, José Manuel y REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 5ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 318.

³⁹⁶ Recordamos en este punto la idea de *lesión atribuible* como elemento común del sistema de responsabilidad desarrollada en el título I de esta primera parte.

trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar³⁹⁷; se hace evidente la necesidad de delimitar el concepto del daño, lo cual se ha intentado extensamente desde la doctrina civil y administrativa que se enfrenta al problema de concebir una definición que cubra la multiplicidad de manifestaciones en las que el daño se presenta.

Al tratar de definir el daño se ha incurrido en el error de adelantar en su análisis el resto de elementos de la responsabilidad, es esto lo que creemos ocurre con el concepto de daño antijurídico que tendremos la oportunidad de avanzar más adelante. Frente a la delimitación conceptual del daño, a lo que debería apuntarse es a sus notas más básicas, pues debe cumplir su función de elemento de cohesión de supuestos diversos, por ello no puede olvidarse que al definir el daño estamos hasta ahora definiendo el primer elemento de la responsabilidad, no la responsabilidad misma, particularidad que debe tenerse como norte a la hora de concretar una definición.

De acuerdo con el propio DE CUPIS, en un sentido genérico daño es la aminoración o alteración de una situación favorable. Ahora bien, a esta consideración fáctica del daño debe agregarse de inmediato su consideración jurídica que consiste “en una *reacción* que el derecho facilita para lograr la *represión* del daño³⁹⁸”. Desde esta posición se está enfatizando en un tipo de naturaleza dual del daño, una que coincide con el mundo físico y otra con el mundo jurídico, sin embargo, desde ya debe adelantarse que el daño del que nos interesa ocuparnos no es otro que el daño reparable, el daño resarcible, es ese el daño que concierne al jurista a efectos del análisis de la responsabilidad patrimonial, lo que permite evidenciar ya un factor de delimitación. No es entonces el mero concepto de daño el que nos atañe, sino el daño en sentido jurídico.

Desde la doctrina privada colombiana se ha definido el *daño civil indemnizable* como “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial³⁹⁹”. En un sentido similar se pronuncia la doctrina privada española al definir el daño como “la lesión o menoscabo de un interés jurídicamente relevante.”⁴⁰⁰

³⁹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, op. cit., p. 159.

³⁹⁸ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 82.

³⁹⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 326.

⁴⁰⁰ ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2016, p. 215.

La doctrina administrativa ha definido el daño como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”⁴⁰¹. Esta definición otorgada es una ilustración de bases sólidas que a su vez tiene un alto y enorme techo, lo que hace que al tiempo que sirve como elemento de identificación, permita que bajo su égida se cobijen una serie de eventos que no coinciden propiamente con la responsabilidad civil. Si bien, en sede de daños, quisiéramos una definición más acotada, lo cierto es que es difícil sumar más elementos definitorios sin terminar por arruinar su carácter comprensivo.

Como elemento de la responsabilidad el daño puede ser seguramente mejor concretizado en la medida en que se avanzan sus características. Por ello no es lo mismo referirse al daño que al daño o lesión resarcible, pues esta segunda definición lleva ya atada la idea de un concepto que se estudia a efectos de responsabilidad. Si se observa en detalle, a pesar de su similitud, las definiciones doctrinales arriba referidas no coinciden sobre la extensión completa del concepto, no tratan de explicar el mismo fenómeno, pues mientras la noción de aminoración patrimonial se posiciona sobre una noción más general, la doctrina civil, al hacer de su definición el elemento de “daño civil indemnizable”, está ya acotando considerablemente varios de sus caracteres; lo que en todo caso no impide que al observar la definición aportada por HENAO nos ubiquemos ya en una categoría jurídica pues en su desarrollo se recurre a los conceptos de patrimonio y de víctima.

Al final se comprende perfectamente el que se afirme que “el concepto de lesión, sin embargo, es más estricto y riguroso que el simple de daño: el daño, a secas, consiste en una mera disminución patrimonial; la lesión resarcible, por el contrario, es un daño cualificado”⁴⁰², cualificación que se hace depender de la concurrencia de requisitos que tendremos ahora la oportunidad de abordar.

Para avanzar en la delimitación del daño en sentido jurídico entendemos entonces que es necesario ahondar sobre varias de sus notas definitorias, lo que haremos como primera medida de la mano de los conceptos de daño y perjuicio y su heterogéneo entendimiento doctrinal.

⁴⁰¹ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 84.

⁴⁰² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, t. II, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 547 y 548.

I. El daño y el perjuicio

La escisión de los conceptos del daño y del perjuicio constituye uno de los múltiples desencuentros doctrinales tan característicos en los estudios de la responsabilidad civil, de particular interés cuando se analizan, no ya las meras diferencias que se derivan de la conceptualización, sino sus efectos prácticos (A), e incluso (y más importante para nuestro estudio), el hecho de que se haya acudido a esta diferenciación para proponer una lectura dual de los fundamentos de la responsabilidad administrativa (B).

Para una parte de la doctrina es necesario tener clara la diferencia entre daño y perjuicio pues ambas nociones “evocan problemáticas diferentes”.

“el significado del término ‘daño’ es el de lesión del interés protegido, toda vez que se hable de ‘daño injusto’ como elemento objetivo del hecho ilícito, o de ‘daño-evento’ para aludir, en esta segunda versión, a la injuria sufrida por la víctima; en cambio, cuando se habla de daño en relación con el resarcimiento, la expresión cobra el significado de pérdida patrimonial, ganancia frustrada, sufrimiento moral padecido por la víctima del ilícito, esto es, el significado de ‘perjuicio’ susceptible de valoración económica en tanto que objeto de reparación o compensación.”⁴⁰³

Para LE TOURNEAU el daño es “la lesión sufrida, mientras que el perjuicio es la consecuencia de la lesión que aparece como el efecto de daño”⁴⁰⁴. Una escisión a la que se opone parte de la doctrina civil⁴⁰⁵.

Por parte de la doctrina administrativa se ha hecho énfasis en la utilidad de la distinción de los conceptos⁴⁰⁶. “La distinción daño/perjuicio, lejos de complicar la estructura del esquema de la responsabilidad administrativa se revela como un instrumento de clarificación [...] se trata de dos elementos que se suceden en el tiempo. De una parte, uno es un elemento fáctico, el otro una noción jurídica.”⁴⁰⁷

Esta distinción ubica en un costado un hecho que simplemente se debe constatar, el daño, enfrentado al perjuicio como una consideración de sus consecuencias en un patrimonio determinado, el de la víctima.

⁴⁰³ VISINTINI, Giovanna, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni Scientifiche, Italia, 2009. Versión en español: *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 107.

⁴⁰⁴ LE TOURNEAU, Philippe et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, op. cit., p. 523.

⁴⁰⁵ Cf. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pp. 328 y 329.

⁴⁰⁶ Cf. HENAO, Juan Carlos, *El daño*, op. cit., pp. 76 y ss.

⁴⁰⁷ CORMIER, Christine, *Le préjudice en droit administrative français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 228. París, 2002, pp. 35 y 61.

Finalmente, una propuesta de distinción alternativa se presenta por parte de la doctrina administrativa española, que nos interesa ahora destacar para poner en evidencia la manera diversa en la que se aproximan los diferentes autores a los conceptos que ahora nos ocupan. En esta oportunidad lo que se propone es la diferenciación del concepto jurídico de lesión del concepto “vulgar” del perjuicio, una lógica que opera un poco a la inversa a los acercamientos antes referidos.

“En un sentido puramente económico o material se entiende por perjuicio un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera. La *lesión* a la que se refiere la cláusula constitucional y legal es otra cosa, sin embargo. Para que exista *lesión* en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea *antijurídico*, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya notamos, del surgimiento de la obligación reparatoria.”⁴⁰⁸

Las aproximaciones y tratamientos conceptuales son disímiles, lo que se explica principalmente por la heterogénea configuración constitucional de la responsabilidad civil pública a la que hemos tenido ya la oportunidad de referirnos. No podrá entonces perderse de vista que los conceptos de daño, perjuicio e incluso de lesión no corresponden a una noción unívoca.

Lo que creemos es que si bien la distinción es necesaria, solo en unos casos concretos se hace evidente su real utilidad. Para esta diferenciación resulta particularmente revelador la forma como se aproxima a la discusión VISINTINI, quien enfrenta el ‘daño injusto’ a que se refiere el Código Civil italiano, la injusticia misma de la lesión (no solo el daño en sentido material), a la selección de los perjuicios resarcibles⁴⁰⁹. Por ello antes de individualizar la cascada de perjuicios que se pueden derivar de un daño, habrá que observar si la situación presentada constituye un daño en sí mismo, lo cual, decíamos, resulta útil para “casos difíciles” como el que a continuación se presenta.

A. La importancia de la diferenciación conceptual entre daño y perjuicio

El daño como elemento objetivo, identificable, como hecho constatable, sobre el que se pensaría debería existir un acuerdo general sobre su identificación, tiene inconvenientes para su concierto pacífico. Un ejemplo nos permite evidenciar esta falta de acuerdo sobre el entendimiento del primer requisito de la responsabilidad.

⁴⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 14ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 378.

⁴⁰⁹ VISINTINI, Giovanna, op. cit., pp. 106-109.

Las llamadas anticoncepciones fallidas, el “nacimiento injusto”, la “vida injusta” o “el perjuicio de haber nacido” (*wrongful conception, wrongful birth o wrongful life*) son una clara manifestación de las dificultades que existen para llegar a acuerdos sobre la configuración de un daño indemnizable⁴¹⁰. Así, dado el carácter de la vida como derecho fundamental, tradicionalmente el nacimiento de un ser humano se entiende como un gran bien, como un hecho que produce enorme regocijo y satisfacción; no obstante, en particular, producto de las distintas habilitaciones jurídicas que permiten la interrupción voluntaria del embarazo en casos específicos, del nacimiento de una persona pueden llegar a derivarse perjuicios a indemnizar en sede de responsabilidad civil. Piénsese en el caso de los padres que por un error de diagnóstico médico no pudieron conocer una malformación que puede, o bien afectar a las posibilidades de vida de su hijo, o bien afectar gravemente a su calidad de vida, situación que suele analizarse bajo el concepto de *wrongful birth*. También existe la posibilidad de que sea el propio menor afectado, no ya los padres (aunque normalmente lo hagan en su representación), quien solicite indemnización por su minusvalía de nacimiento por un error de diagnóstico que le impidió a su madre ejercer de manera informada el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, caso en el cual nos encontramos frente al concepto de *wrongful life*⁴¹¹.

En Colombia existe un notable antecedente jurisprudencial que trata el tema de los perjuicios derivados de la adopción de una menor a quien, por errores en el diagnóstico de su estado de salud, no se le detectó una embarazosa enfermedad que terminó por generar una grave incapacidad permanente, esto luego de que los adoptantes supeditaran su decisión de adopción a que el menor se encontrara en buen estado de salud. En sede contenciosa-administrativa se presentó una solicitud de reparación que efectivamente fue concedida acudiendo a la categoría del daño especial. Para un sector de la doctrina⁴¹² es un error calificar de daño antijurídico la adopción de la menor, dado que los derechos humanos y los derechos de los niños se oponen a tratar como un daño o una carga la vida humana aunque se presente en condiciones de discapacidad.

⁴¹⁰ Cf. FEINBERG, Joel, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, en: *Freedom and fulfillment*, Princeton University Press, New Jersey, 1992, pp. 3-36; ver también SHIFFRIN, Seana, “Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm”, en: *Legal Theory*, núm. 5, Cambridge University Press, 1999, pp. 117-148.

⁴¹¹ El conocido fallo *Perruche* de la justicia francesa y su posterior regulación legislativa en el año 2002 constituyen significativos elementos de derecho comparado a efecto de la reflexión que acá se propone.

⁴¹² Cf. KOTEICH, Milagros, “*Wrongful adoption: ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia?*”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 28, enero-junio de 2015, pp. 437-453.

Lo que subyace detrás de estas consideraciones es la posibilidad de decidir, con información suficiente, sobre el nacimiento y la adopción, y los perjuicios que se originan por errores que impidan esta decisión informada, perjuicios que pueden ser de todo tipo, morales o patrimoniales, estos últimos derivados, en particular, de los distintos gastos médicos en los que se incurre para el tratamiento de los menores. Para que puedan reclamarse perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales debe existir primero un pronunciamiento y toma de posición sobre la posibilidad de entender que en estos casos se ha producido efectivamente un daño. Toma de posición que ejemplifica las dificultades para llegar a una concepción pacífica sobre el daño mismo.

En este caso podemos observar que en efecto se han realizado una serie de erogaciones económicas que sin duda han aminorado el patrimonio de los padres, pero antes de permitir que estos perjuicios puedan adquirir tal calificación a efectos de responsabilidad patrimonial, habrá primero que llegar a calificar la situación de la adopción del menor que resultó gravemente incapacitado como una situación dañosa, como un daño en sí mismo, lo cual, incluso si se logran aislar los obvios problemas morales que envuelven el análisis, representa un complejo problema conceptual.

B. El daño y el perjuicio: dos conceptos recurridos para la construcción de los fundamentos de la responsabilidad pública

Por los límites a los que se enfrenta el daño como basamento explicativo suficiente, es que no puede llegar a catalogarse como fundamento último, pues su sola presencia no explica el todo de la responsabilidad; sin embargo, sí que decididamente lo calificamos como el dato común, el elemento transversal, el que está siempre presente. Ahora bien, el que el daño no pueda tenerse como el anhelado fundamento de la responsabilidad no ha impedido el que en torno a él, y a su diferenciación con el perjuicio, se formulen interesantes tesis que pretenden acudir a la división conceptual para formular una teoría de las bases de la institución. Nos referimos a las tesis presentadas desde la doctrina francesa por CORMIER y SOUSSE.

CORMIER⁴¹³, en su trabajo sobre el perjuicio en Derecho Administrativo, acude a la distinción de daño y perjuicio originariamente presentada por BÉNOIT⁴¹⁴ para construir una atrayente tesis sobre los fundamentos duales de la responsabilidad a partir de las

⁴¹³ Cf. CORMIER, Christine, op. cit., en especial pp. 315 y ss.

⁴¹⁴ Cf. BÉNOIT, Francis-Paul, "Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé, problèmes de causalité et d'imputabilité", en: *J.C.P. (La semaine juridique)*, 1957.

nociones de anormalidad del daño y anormalidad del perjuicio. “En una concepción renovada conviene considerar la anormalidad como el fundamento directo de la responsabilidad administrativa”⁴¹⁵. La anormalidad del daño y del perjuicio justifican por su parte la responsabilidad por falla y la responsabilidad objetiva respectivamente, así, la anormalidad del daño es el fundamento directo de la responsabilidad por culpa mientras que la anormalidad del perjuicio es el fundamento directo de la responsabilidad sin culpa.

“La anormalidad del daño se constata de manera objetiva, la anormalidad del perjuicio es el resultado de una apreciación subjetiva. En un régimen de responsabilidad por culpa, el daño que resulta de la culpa es necesariamente anormal [...] el daño es, en razón del carácter culposo de su causa, en sí mismo anormal. La anormalidad del daño se deduce de la existencia de una culpa sin que haya necesidad de proceder a un análisis intrínseco de las consecuencias que el daño haya podido generar. En cambio, cuando se aplique un régimen de responsabilidad sin culpa, la anormalidad pasa necesariamente por un examen intrínseco de las consecuencias del daño, es decir, del perjuicio. La anormalidad reposa aquí sobre una apreciación subjetiva del perjuicio que ha sufrido personalmente la víctima.”⁴¹⁶

Si bien es verdad que la anterior constituye una sugestiva propuesta, tendrá que conceder que incluso en la responsabilidad por culpa también el perjuicio, como consecuencia del daño, termina por desempeñar un papel central. Desde la misma tesis se afirma, con razón, que “la responsabilidad, y por consiguiente la indemnización está subordinada a la existencia del perjuicio. Es el perjuicio y no el daño el objeto de la reparación”⁴¹⁷; así, dado que el perjuicio es la base para reparar, la pretendida distinción como fundamento explicativo termina por colapsar, pues al perjuicio, a las consecuencias del daño, se debe acudir para determinar la reparación tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva.

Nuestro foco no está sin embargo en evaluar a fondo la corrección o incorrección de la propuesta, acudimos a ella por el recurso que hace de los conceptos de daño y perjuicio y su anormalidad a efectos de la fundamentación de la institución de la responsabilidad pública. Lo sugerente de la tesis en todo caso puede sintetizarse en una idea: “conviene retener una doble acepción de la noción de anormalidad. El daño que no debió haberse

⁴¹⁵ CORMIER, Christine, op. cit., p. 316.

⁴¹⁶ *Ibid.*, pp. 318 y 319.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 318.

producido es el fundamento de la responsabilidad por culpa, el perjuicio que la víctima no tiene que soportar es el fundamento de la responsabilidad sin culpa⁴¹⁸.

Por su parte, para SOUSSE, la distinción entre daño y perjuicio hace aparecer dos lógicas diferentes de indemnización, una objetiva y otra subjetiva. Solo el perjuicio puede dar lugar a reparación ante de los tribunales, el daño, por otro lado, solo se repara cuando exista una ley que así lo consagre⁴¹⁹.

La tesis expuesta por este autor se basa en la idea de lo que llama una gran revolución que ha sufrido la reparación de los daños producto de la creación de una lógica de indemnización ajena a la idea de responsabilidad. Lo que en otro tiempo estuvo ligado al concepto de responsabilidad aparece hoy como una noción fraccionada, constitutiva de un conjunto de leyes que establecen circunstancias en las que se reacciona frente a daños que no responden ya a la idea de responsabilidad. El autor termina por hacer coincidir al perjuicio con la institución de la responsabilidad civil, es este su fundamento, mientras que el daño se ajustaría mejor a la noción de solidaridad donde una serie de normas establecen concretas situaciones frente a las que el aparato del Estado se activa para contrarrestar los efectos dañinos de hechos que de manera general no son el producto del actuar causal de la Administración⁴²⁰.

II. Condiciones de existencia del perjuicio

Desde la doctrina privada francesa se suelen señalar como condiciones del perjuicio su carácter de *personal, directo y cierto*⁴²¹, exigencias que suelen coincidir con la doctrina civil española⁴²².

En la doctrina administrativa HENAO se encarga en detalle de estudiar las condiciones del perjuicio, para quien en realidad deben ser el carácter de *personal y cierto*, pues el que sea directo responde mejor al análisis de la relación de causalidad⁴²³.

⁴¹⁸ Ibid., p. 320.

⁴¹⁹ SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 174, París, 1994, p. 6.

⁴²⁰ Sobre esta construcción volveremos en extenso en el capítulo V de este título cuando se establezca los límites entre la responsabilidad y la solidaridad.

⁴²¹ LE TOURNEAU, Philippe, et al., op. cit., pp. 545 y ss.

⁴²² Cf. BUSTO LAGO, José Manuel y REGLERO CAMPOS, op. cit., pp. 330 y ss.

⁴²³ HENAO, Juan Carlos, *El daño*, op. cit., pp. 87 y ss.

La LRJSP, en su artículo 32.2, establece la cualificación o requisitos del daño para que pueda considerarse como una lesión resarcible, esto es el daño debe ser *efectivo, evaluable económicamente e individualizado*. No obstante, si acudimos a la diferenciación arriba mencionada entre daño y perjuicio, los requisitos referidos en la ley se corresponden más propiamente con las condiciones del perjuicio.

En la doctrina española⁴²⁴ a los requisitos ya mencionados se le suma el carácter de la *antijuridicidad* que proviene de la actual configuración constitucional y que en sede de daños se entiende como la condición de no tener el deber jurídico de soportarlo.

Estas características o condiciones de existencia del perjuicio a las que con frecuencia acude la doctrina tienen hoy un carácter muy reducido como elementos de delimitación. La propia doctrina los ha sometido a reconsideración⁴²⁵, lo que no es sorprendente pues basta con ocuparse de una noción como el carácter cierto o efectivo para evidenciar su falta real de certeza. ¿Habrá algo más ilusorio que la certeza del perjuicio? El único perjuicio cierto es el perjuicio consolidado, esto es, el que existe de hecho en el momento en que el juez se pronuncia sobre él, de resto, todos los perjuicios son probables, en su entendimiento como verosímiles, son probables en su sentido lingüístico literal⁴²⁶. De la certeza del daño como condición de existencia debemos transitar hacia la *verosimilitud* del daño. Y es que si el conocimiento humano es imperfecto, si las capacidades son limitadas, es quimérico asegurar la certeza de un daño que al momento de pronunciarse sobre su resarcimiento aún no se ha producido. Cuando los avances científicos, en especial los provenientes de la física cuántica, muestran que nuestro mundo no está gobernado por leyes causales sino probabilísticas, a los juristas no les es dado ignorar que la certeza de los hechos no es absoluta ni objetiva.

El daño futuro por ejemplo no es, por definición, un daño cierto, sino un daño que, dadas las condiciones actuales, tenemos buenas razones para creer que sucederá. Es más, como elemento lógico siempre ha parecido una contradicción en los términos la

⁴²⁴ SANCHÉZ MORON, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte general*, op. cit., pp. 950 y ss; en el mismo sentido SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, op. cit., pp. 458 y ss; GAMERO CASADO, Eduardo y FÉRNANDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 708 y 709.

⁴²⁵ Sobre una crítica a los requisitos del perjuicio, ver JÜEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 568, Paris, 2016, pp. 170 y ss.

⁴²⁶ Nos referimos a la tercera acepción de la Real Academia Española, que lo identifica como el dicho de una cosa sobre la que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá.

certeza de un daño que no se ha producido, la concreción casi perfecta de un oxímoron. Creemos que la idea de la *verosimilitud* del daño es una mejor manera de aproximarse a las características ontológicas del daño incluso si como defensa y respuesta se trata de sostener que la *virtualidad* no se opone a la *certeza*, mientras que sí lo hace el hecho de ser *hipotético* o *eventual*, calificaciones a las que se suele recurrir como si su repetición no denotara más un esfuerzo por persuadir a quienes las enuncian, por tratar de convencerse a sí mismos, pues quizás a fuerza de repetición nos convenzamos del imposible de seguir catalogando hoy de cierto todo el perjuicio que se repara. Con suficiente razón se ha dicho que “la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el tiempo que hacen demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto”⁴²⁷.

El resto de condiciones no son menos problemáticas⁴²⁸, de la antijuridicidad del daño nos ocuparemos a continuación, por ahora señalamos que el carácter personal del perjuicio, entendido como el hecho de que solo la persona natural o jurídica (física o moral) que ha sufrido el daño pueda pedir su reparación, presenta, en particular en la responsabilidad patrimonial de derecho público, una serie de limitaciones que se profundizan cuando se observa la tutela de intereses colectivos. Si se acepta que “no todo daño genera necesariamente un perjuicio individualizado, sin que se quiera significar con ello que sea inexistente y se deba dejar sin reparar”⁴²⁹, en las acciones populares que protegen derechos e intereses colectivos (reguladas en el ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 472 de 1998), dado que efectivamente el daño se puede presentar sin que se produzca un perjuicio individual o individualizable, es difícil ver cómo la “restitución de las cosas a su estado anterior”, que constituye una de las posibles pretensiones, puede encajar en un perjuicio de carácter personal.

⁴²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 336.

⁴²⁸ Una crítica al requisito de que el daño deba ser evaluable económicamente se encuentra desarrollada en HENAO, Juan Carlos, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 28, enero-junio de 2015, pp. 317 y ss. En un sentido similar SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, prólogo a De Ahumada Ramos, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 3ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 38.

⁴²⁹ HENAO, Juan Carlos, *El daño*, op. cit., p. 123.

III. Sobre el daño y el daño antijurídico

¿Por qué y para qué es útil el concepto de daño antijurídico? ¿Qué aporta al análisis de la responsabilidad civil el carácter del daño que no se está en la obligación jurídica de soportar? ¿Qué trata de solucionar el concepto de la lesión antijurídica?

La concepción tradicional en Derecho Administrativo español se basa en las consideraciones que en su momento presentara GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado”⁴³⁰. A renglón seguido el autor acude al ejemplo de la exacción de un impuesto para evidenciar una hipótesis donde el perjuicio o detrimento patrimonial imputable a la Administración es justo, legítimo, un daño que sería, en consecuencia, jurídico. Esta nota de antijuridicidad del daño, que ha sido ampliamente acogida, no parece sin embargo una diferenciación necesaria, pues su aporte, si alguno, es marginal.

Lo que en realidad diferencia el concepto de daño a efectos de responsabilidad civil del pago de un impuesto⁴³¹ es la nota de la accidentalidad, incluso en los daños que se indemnizan en responsabilidades objetivas donde opera, por ejemplo, la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, el daño sigue siendo accidental, en el sentido en que constituye algo no querido, y los impuestos, incluso si terminan cobijados por una amplia definición del daño tipo aminoración patrimonial, son deseados, queridos, propiciados por el derecho. ¿Para qué nos es útil la separación conceptual de los supuestos “daños” provenientes del pago de tributos donde está ausente esta nota de accidentalidad del que hacemos referencia? ¿Pagar un tributo es en realidad un daño? Si se realiza un análisis a partir de la literalidad del concepto, existe una aminoración de un patrimonio como consecuencia del pago, aunque esto no parece muy diferente a lo que ocurre cuando alguien realiza una compra, una contribución o una donación, casos en los que, a pesar de que pueda predicarse una disminución del patrimonio, quizás no tenga mayor sentido el hablar de daño y sea más adecuado referirnos a una mera transacción económica, pues, en un caso como el pago de un precio, se obtiene algo a

⁴³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 177.

⁴³¹ Esto suponiendo que son conceptos que merecen ser delimitados por tener la potencialidad de generar confusión.

cambio, lógica argumentativa que también es aplicable al pago de impuestos, dado que, en pureza, los impuestos también se pagan en el entendido que se obtendrá un beneficio futuro.

Parecería que la connotación de la antijuridicidad llegara a tratar de solucionar un problema que no existía en primer lugar, pues se entendía que al ser el daño toda aminoración, debía sumarse otro elemento para diferenciarlo, en este caso el de la no obligatoriedad de soportarlo. Lo que ocurre es que, tras años de disciplinada aplicación de este concepto, el daño antijurídico sigue todavía en deuda como elemento conceptual diferenciador. El calificar el daño como antijurídico no terminará por aportar mayores elementos, pues que el daño al final deba o no soportarse, porque existan razones jurídicas para ello, es una solución que, a modo de lógica secuencial, solo termina siendo posible decidir al final del estudio de todos los elementos de la responsabilidad. Por ello hemos sostenido que existen daños antijurídicos, catalogados como tales desde el análisis del daño como primer elemento de la responsabilidad, que al final, al sumar el estudio del resto de requisitos, serán desvirtuados porque, por ejemplo, no concurre la falla del servicio, en los casos en lo que es necesaria su acreditación. Un daño que en principio se entendía como antijurídico deja de serlo por la manera en la que opera la responsabilidad, que hace que una vez identificado se abra la puerta para abordar el resto de elementos. Así, lo que existe es una especie de doble análisis sobre el daño antijurídico, una innecesaria duplicidad al inicio del juicio de responsabilidad, que puede o no ser confirmada al someter a consideración el resto de requisitos, una duplicidad que no operaría cuando al estudiar el primer elemento de la responsabilidad, el daño (que no el daño antijurídico), se elimine el atrayente pero poco útil juego de palabras que viene atada a la definición de lesión que no se está en la obligación jurídica de soportar.

Que la estructura sistémica de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en un ordenamiento jurídico como el colombiano, que ha hecho del daño antijurídico el elemento central de la institución, no haya al final variado tras la adopción constitucional del concepto, parece ser un elemento suficiente para evidenciar que

incluso cuando un ordenamiento se decide por su adopción, poco varía en su configuración⁴³².

El desplazamiento del centro de gravedad que se pretende con la lesión antijurídica, el tratar de dejar de enfocar los esfuerzos en la conducta del agente dañador para centrarlos en la víctima, es sin duda un esfuerzo loable y deseable, pero ello puede ocurrir y en efecto ha ocurrido sin necesidad de acudir a conceptos que no aportan más elementos de definición, que no participan en la compleja tarea de delimitación de la institución jurídica; para que opere el anhelado desplazamiento no es necesario apellidar el daño con la nota de antijuridicidad. Así, si se mira en detalle, el desplazamiento del centro de gravedad no fue sino una cuestión de mayor grado, pues siempre ha sido la posición de la víctima, su detrimento, el carácter de donde parte la reparación, no lo ha sido el comportamiento dañino, tanto como para que allí donde ha existido un comportamiento dañino, doloso si se quiere, pero donde esta conducta no ha generado daño alguno, la institución jurídica de la responsabilidad civil no termina por activarse. Incluso cuando la culpa se identificaba como el título exclusivo para la fundamentación de toda la institución, siempre fue claro que a su lado el daño terminaba por tener una posición de privilegio, pues la culpa sin daño no genera responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad es una institución compleja, que está cargada de elementos y construcciones conceptuales, cuando un nuevo elemento hace su arribo, para que justifique su legitimidad y en especial su permanencia, debería ser un concepto que aporte elementos de definición, y el daño antijurídico no parece ser uno de esos elementos.

IV. Los eventos y los desastres naturales: ¿daños antijurídicos?

El concepto de daño es bastante más amplio que el que se circunscribe a la esfera de la responsabilidad civil, así quedó por demás evidenciado en la tesis de la escisión del daño y el perjuicio propuesta por SOUSSE. El identificar el daño con una aminoración del patrimonio hace que existan multiplicidad de daños que no se corresponden con la esfera de la responsabilidad civil.

⁴³² De la mano de HENAO, hemos podido observar cómo antes y después de la Constitución de 1991, la responsabilidad patrimonial se decreta con base en la falla del servicio, o el riesgo excepcional o el daño especial, una lógica que no fue modificada al introducir la nota constitucional de antijuridicidad del daño.

La definición jurídica de daño como la aminoración patrimonial que sufre la víctima, al tiempo que se erige como una concepción amplia y garantista, se enfrenta con el desafío de terminar acogiendo situaciones de frontera que no parecen tener cabida dentro de la institución de la responsabilidad civil. A lo ya observado con la delimitación del pago de impuestos, cuando se piensa en una catástrofe natural, deberá concluirse que sus víctimas han sufrido una aminoración en sus patrimonios, sin embargo, no es un daño relevante a efectos de responsabilidad civil.

El concepto de daño antijurídico, tributario de la lesión antijurídica de derecho español, tampoco parece solucionar el problema de la amplitud, pues cuando se han consagrado dispositivos legislativos como la ayuda a personas que han sido víctimas de atentados terroristas, de la contaminación por el VIH, incluso de catástrofes naturales, se termina por consagrar en el ordenamiento también un derecho a ser compensados; pero en estas ocasiones particulares, a pesar de que se ha sufrido un daño que no se tiene el deber jurídico de soportar, pues existe una disposición normativa que reacciona frente a él, no se despliega la institución de la responsabilidad cuando el Estado “repare” parte o incluso la totalidad de la pérdida⁴³³. Se presentan, por demás, situaciones en las que, existiendo un daño antijurídico, no existe el deber de reparar en sede de responsabilidad administrativa. De allí que el propio concepto de daño antijurídico no permita por sí solo una delimitación suficiente del instituto de la responsabilidad.

V. La reparación del daño

El daño es la medida de la reparación: es este otro principio general de la responsabilidad civil constantemente enarbolado que se corresponde insuficientemente con la realidad de la práctica, escasas veces coincide el daño realmente causado con la reparación patrimonial del perjuicio que judicialmente se decreta. Esto no solo porque muchos daños queden sin ser reparados, por el impedimento de determinar objetivamente el daño moral, porque exista la posibilidad de limitar convencional, legal y judicialmente el monto indemnizatorio, sino además porque otros ordenamientos conocen significativas figuras como los llamados daños punitivos que no pocas veces exceden, y por mucho, el monto del daño ocasionado.

⁴³³ Podría sostenerse que la diferencia radica entonces en el monto de la indemnización, en el responder o no al principio de reparación integral, no obstante, el ocuparnos a continuación del alcance de la indemnización dejará ver cómo no es el monto indemnizatorio el origen de la diferencia.

Se repara el daño que se ha causado, esta es la base de ordenamientos como el colombiano y el español que tienen como soporte constitucional el daño o la lesión antijurídica como elemento *sine qua non* para que proceda la reparación. “Medir el daño resarcible equivale a precisar la medida de la reacción dirigida a su represión (reparación), y con ello se logra el resultado de adecuar la reacción a su verdadera entidad, lo que realmente el daño ha ocasionado al interés del sujeto”⁴³⁴. Sin embargo, “por exigencias del derecho [...] pueden resultar diferentes la entidad del daño sufrido y la que jurídicamente hay que sancionar”⁴³⁵.

A. Las constantes excepciones al principio del daño como medida de la reparación

En el perjuicio reside la razón de ser de la reparación, el perjuicio constituye al mismo tiempo el fundamento irreductible y el soporte suficiente del resarcimiento⁴³⁶. A pesar de esta idea de base, las excepciones al principio de correspondencia entre el perjuicio y la reparación son de tal magnitud que lo ponen en entredicho como regla general, lo que en todo caso no compromete su entendimiento como criterio orientador, como principio propiamente dicho, pues entendemos por tal su categorización como mandato de optimización, como la norma que ordena que algo sea realizado (en este caso la correspondencia del perjuicio y la reparación), en la mayor medida en que ello sea posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas⁴³⁷.

La correspondencia entre el perjuicio sufrido y la reparación ordenada se ve constantemente excepcionada por una multiplicidad de razones que en la gran mayoría limitan, en menos, el carácter de la reparación, sin embargo, el concepto de daño punitivo, por el contrario, es una particularidad que abre la posibilidad en algunos ordenamientos jurídicos a que la reparación decretada supere el perjuicio efectivamente sufrido. A través del daño punitivo (*punitive damages*) se le concede a la víctima un excedente que supera la medida del daño como “sanción ejemplarizante” para que los actores observen el desvalor que el ordenamiento tiene sobre determinadas conductas que suelen ser resultado de una actividad dolosa o en extremo negligente, una sanción

⁴³⁴ DE CUPIS, Adriano, op. cit., pp. 347 y 348.

⁴³⁵ Ibid., p. 414.

⁴³⁶ Cf. ROUJOU DE BOUBÉE, Marie-Ève, *Essai sur la notion de réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 135, Paris, 1974, pp. 59 y 87.

⁴³⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 350 y ss.

que pretende además evitar que la conducta a futuro se repita. “La víctima puede así quedar indemnizada en un monto muy superior al de la entidad del daño, porque la sociedad da su beneplácito para que reciba a su favor el castigo social que se impone al responsable”⁴³⁸. Cuando observamos las distintas funciones que cumple la responsabilidad veíamos que la punitiva y sancionatoria forman parte de ese elenco de posibilidades, en la sanción y el deseo de desincentivar conductas reprochables se basa el otorgamiento de daños punitivos que, al excepcionar la correspondencia del perjuicio y la reparación, en ocasiones superan enormemente el monto de los daños compensatorios (*compensatory damages*)⁴³⁹.

Decíamos que en la práctica de la responsabilidad civil la verdadera entidad del daño poco coincide con el monto de la reparación, no solo por la insuperable dificultad de tasar algo tan subjetivo como el daño moral (un argumento que por sí solo valida la afirmación), por los referidos daños punitivos que se otorgan en otros ordenamientos jurídicos, sino porque en nuestros propios sistemas, y particularmente en la responsabilidad de la Administración, se encuentran *límites legales, convencionales e incluso judiciales* a la correspondencia de la entidad del perjuicio con la reparación.

“[...] el derecho puede *limitar* o restringir el contenido normal del daño. Tal limitación puede producirse en el ámbito de la responsabilidad contractual, como en el de la extracontractual por daños ocasionados en el ejercicio de actividades especialmente cualificadas. Algunas veces la ley permite que el contenido del daño se determine y mida con arreglo a los principios normales, estableciendo, sin embargo, un *límite máximo*, por encima del cual, no se le reconoce valor jurídico (es decir, obligación de resarcir). Este límite puede consistir en una *cifra dineraria fijada por la ley*.”⁴⁴⁰

Un ejemplo actual del límite máximo al que hace referencia la doctrina se encuentra en la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos en España, norma que es producto de acuerdos internacionales, donde no solo se establecen baremos indemnizatorios sino que se excluyen algunos daños específicos, cuando, por ejemplo, estos son el resultado de un conflicto armado, hostilidad o guerra civil.

Otro destacable ejemplo de los límites a la reparación en Derecho Administrativo comparado proviene del ordenamiento argentino, donde, luego de un extenso debate

⁴³⁸ HENAO, Juan Carlos, *El daño*, op. cit., pp. 46 y 47.

⁴³⁹ Cf. KIS VISCUSI, W., “The blockbuster punitive damages awards”, en: *Harvard Law Review*, núm. 473, 2004, pp. 1-52.

⁴⁴⁰ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 414.

doctrinal⁴⁴¹, se ha adoptado la ley que regula la responsabilidad del Estado (Ley 26.944 de julio 2 de 2014), que limita en casos de responsabilidad por actividad legítima o lícita de la Administración el alcance de la reparación al excluir de la indemnización el lucro cesante. En el mismo sentido se excluye el derecho a indemnización de daños derivados de la actividad judicial legítima.

Otras reglas provenientes del Derecho Administrativo argentino, esta vez consagradas en la normatividad que gobierna el régimen de los contratos públicos (Decreto 1023 de 2001), excluyen la indemnización del lucro cesante cuando la revocación, modificación o sustitución de un contrato se suceda por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. El Código Civil y de Comercio argentino contiene además un dispositivo normativo que permite la atenuación de la reparación plena de la responsabilidad por razones de equidad donde entran en consideración las situaciones particulares en las que se encuentren el dañador y la víctima⁴⁴².

Pero los límites no solo son legales, existen también límites convencionales; así, con DE CUPIS, quien expone detalladamente las excepciones al daño como medida de la reparación, entendemos que “la liquidación convencional constituye, al igual que la liquidación legal, una *derogación* de los principios relativos a la determinación y medida del daño resarcible”⁴⁴³. Las partes de una relación obligacional pueden limitar preventivamente el daño resarcible, ello ocurre por ejemplo en los casos en los que se estipula anticipadamente el montante del resarcimiento para el caso de un eventual futuro incumplimiento. Para el autor italiano desempeña aquí un significativo papel la cláusula penal cuya principal función, allende la amenaza de pena y correlativo reforzamiento del vínculo obligacional, es precisamente la liquidación preventiva del daño. “La liquidación *convencional* tiene como fundamento la libre y cambiante voluntad de los particulares. Pero una vez fijada, tal voluntad introduce en el resarcimiento un rígido y abstracto *forfait* que prescinde de la realidad efectiva”⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Cf. entre otros, YLARRI, Juan Santiago, “La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por actividad lícita”, en: *Derecho del Estado*, núm. 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016, pp. 331-359.

⁴⁴² “Artículo 1742. Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

⁴⁴³ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 496.

⁴⁴⁴ *Ibíd.*, p. 507.

Las partes pueden también liquidar convencionalmente el daño con posterioridad a su ocurrencia, “la voluntad privada de las partes es eficaz a fines de la liquidación del daño, tanto se haya manifestado *después* como si se ha expresado *antes* de producirse el daño” después de todo “el resarcimiento es un derecho patrimonial disponible y, por consiguiente, cumple las condiciones exigidas por la ley para una transacción válida”⁴⁴⁵, una liquidación convencional que puede tener por objeto incluso un daño que ha sido previamente liquidado en una resolución judicial. La liquidación convencional, como se puede evidenciar, opera tanto en casos originarios de responsabilidad contractual como de responsabilidad extracontractual, una lógica inspirada en la doctrina privada que es perfectamente extrapolable a la responsabilidad pública, donde las partes pueden, entre otras vías, efectuar un acuerdo conciliatorio que tenga por objeto el *quantum* a reparar, acuerdo que en algunos casos debe por lo menos intentarse como requisito para que proceda una acción en sede contenciosa-administrativa.

En sede judicial, donde tienen lugar la declaración normalizada del daño fuera de los eventuales límites legales y convencionales, existen a su vez límites que dificultan la real correspondencia del perjuicio y la reparación. La carga de probar el daño termina por convertirse en uno de esos límites materiales que hacen que una serie de perjuicios ni siquiera se pretendan por su dificultad probatoria, a lo que se debe añadir una consideración de fondo, esto es, la que tiene la *reparación integral* a la que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 como principio de valoración de daños en el derecho colombiano, que la posiciona al lado de la *equidad* como norte del resarcimiento en “cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia”.

En la doctrina colombiana se ha propuesto el servirse de la oportunidad del daño para mejorar la situación de la víctima, lo que se hace a través del concepto de *reparaciones transformadoras* al que tuvimos ya la oportunidad de referirnos en el capítulo III de la primera parte. Para quienes abogan por exceptuar el principio de correspondencia del perjuicio con la reparación, en contextos especiales donde se pretenden superar las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, “las reparaciones no sólo deben enfrentar el daño que fue ocasionado por los procesos de victimización, sino también las condiciones de exclusión en que vivían las víctimas y que permitieron o

⁴⁴⁵ *Ibíd.*, p. 529.

facilitaron la victimización”⁴⁴⁶. Las medidas que se adoptan bajo la égida de las reparaciones transformadoras apuntarían a superar el mero daño para enfocarse en las relaciones de poder y las desigualdades que facilitaron su producción. Sumado a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, y las medidas de no repetición, de raigambre especial en el derecho de los derechos humanos, las reparaciones transformadoras van más allá de estas medidas que reaccionan frente al daño para afectar de manera positiva a la vida en conjunto de la víctima⁴⁴⁷.

Finalmente, a medio camino entre el daño y la relación de causalidad se encuentra la doctrina de la *pérdida de oportunidad*. Con independencia de que se piense que esta teoría debe corresponder con el tratamiento jurisprudencial colombiano que la identifica como un daño autónomo⁴⁴⁸, o se acuerde con la doctrina especializada que la estudia a partir de la relación de causalidad⁴⁴⁹, lo cierto es que en su aplicación se termina por exceptuar la correspondencia del perjuicio sufrido con el monto efectivo de la reparación. Incluso en su entendimiento como un daño autónomo, a su consecución se llega mediante un descuento probabilístico de un daño que por definición se entiende de mayor entidad al que efectivamente se decreta.

Esta teoría, ampliamente compartida e indistintamente aplicada en casos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración, constituye hoy una sólida construcción que ha tenido acogida en una multiplicidad de órdenes jurisdiccionales administrativos. Quienes se aproximan a su estudio desde la lógica de la relación de causalidad sostienen que:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una

⁴⁴⁶ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paul, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y transformación democrática”, en: DÍAZ CATALINA, et al. (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), Bogotá, 2009, p. 35.

⁴⁴⁷ Las críticas a esta propuesta devienen precisamente por el hecho de que su adopción “desborda” los límites de la reparación integral, es una “loable idea irrealizable (que va) más allá de la reparación integral y atenta, de este modo, contra el principio de proporcionalidad de la condena”, HENAO, Juan Carlos, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, op. cit., p. 350.

⁴⁴⁸ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593; sentencia de 12 de febrero de 2014, exp. 34.125; sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 35.420.

⁴⁴⁹ Cf. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007; MEDINA ALCOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidad”, en: *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, 2009, pp. 31-74.

indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final (del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada) el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso.”⁴⁵⁰

En su entendimiento como daño autónomo, por su parte, se enfatiza en que lo que se indemniza es el chance en sí mismo, la oportunidad perdida sería una especie de daño *sui generis*, una entidad económica que estaba inserta en el patrimonio de la víctima⁴⁵¹, por lo que bajo esta concepción sigue siendo necesaria la acreditación del vínculo causal pues “la pérdida de oportunidad no representa [...] una especie de *daño subsidiario* en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal”⁴⁵².

Queda así planteada la naturaleza del desencuentro sobre el tratamiento de la pérdida de oportunidad. A lo sostenido por el Consejo de Estado se opone el planteamiento que afirma que “en lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó”⁴⁵³. Esta afirmación les resultará seguramente herética a quienes descartan la pérdida de oportunidad como una teoría a estudiar desde el elemento causal, sin embargo, se entiende porque se argumenta que se trata en últimas de “una redefinición del concepto clásico de causalidad”, una redefinición que no hace más que poner en evidencia que en un mundo donde la incertidumbre tiende a ser el maestro que gobierna, la probabilidad se presenta como el recurso en el que debemos, sin ningún otro remedio disponible, refugiarnos.

Sin importar que se coincida con la aproximación que se plantea de la pérdida de oportunidad desde la perspectiva del daño o desde la relación de causalidad, nos hemos acercado aquí a su estudio pues las consecuencias efectivas sobre la delimitación del monto indemnizatorio como límite al resarcimiento pleno terminan por converger en

⁴⁵⁰ MEDINA ALCOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, op. cit., p. 47.

⁴⁵¹ Esta posición, llamada teoría ontológica, según MEDINA ALCOZ, goza de mayor predicamento en Italia, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, op. cit., p. 358.

⁴⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593.

⁴⁵³ MEDINA ALCOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, op. cit., p. 52.

ambos enfoques, un desencuentro que nos resulta en todo caso apropiado para evidenciar cómo su proximidad con el nexo de causalidad justifica que debamos ocuparnos luego de su estudio. Esperamos, en todo caso, pueda derivarse de lo hasta acá mencionado, que dentro de las múltiples notas de la evolución de la responsabilidad civil del Estado, la forma en la que se repara constituye una característica significativa. Sin duda hoy nos encontramos frente a un concepto de reparación amplio⁴⁵⁴ que ha desbordado el principio original del perjuicio efectivamente sufrido como la medida de la reparación, es verdad que este continúa siendo la idea base, pero sería obtuso dejar de conceder que, en especial, por influencia del derecho internacional y del derecho de los derechos humanos, las nociones de daño y su reparación han sufrido una considerable mutación que va en el mismo sentido al que se dirige la responsabilidad civil en su conjunto, esto es, su acrecimiento.

⁴⁵⁴ Cf. HENAO, Juan Carlos, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, op. cit., pp. 285 y ss.

CAPÍTULO III. LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD

Lo determinante para que la responsabilidad administrativa tenga cabida es que el daño sea la consecuencia de la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta afirmación, que podría parecer una obviedad, es en realidad una decidida toma de posición que trae aparejada una lectura particular de la institución y que permite, por demás, avanzar decididamente en el camino de su delimitación; de allí que sea fundamental identificar la acción o la omisión de la que se pueda predicar una relación de causalidad con el daño causado. El nexo causal solo está presente cuando hay dos elementos a unir, la relación de causalidad importa en la medida en que exista algo a atar, a relacionar, de allí la preeminencia de estos dos primeros elementos que estudiamos: el daño y la acción administrativa.

Hemos enfatizado que el haber abordado el estudio del daño, antes que la acción u omisión administrativa, es la consecuencia de observar su importancia capital como elemento de la responsabilidad. Es verdad que una parte de la doctrina ve en la acción u omisión el primer elemento⁴⁵⁵, y esto puede ser así en términos de una lógica temporal, no obstante, para un caso como el del incumplimiento de las obligaciones preestablecidas, por ejemplo, cuando el deudor trasgrede la prestación debida, en ocasiones su mero incumplimiento no es fuente de la obligación indemnizatoria cuando no trae aparejado daño alguno, lo que hace de este último una condición basilar. Así, la acción u omisión son vitales en nuestro análisis y nos permiten excluir una multiplicidad de situaciones vecinas y avanzar en la delimitación de la institución, pero la acción u omisión solo cobran sentido en la medida en que se produzca un daño a indemnizar.

I. La acción u omisión de las autoridades públicas – el funcionamiento del servicio

La actuación pública, la acción u omisión de las autoridades públicas, de acuerdo con la configuración constitucional colombiana, o el funcionamiento del servicio, de conformidad con la estructura constitucional española, se erige como una condición de

⁴⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 137.

existencia para que tenga cabida el instituto resarcitorio, de una entidad formidable, pues “es esencial el comportamiento activo u omisivo del agente, aun en la más objetiva de las responsabilidades [...] bien vistas las cosas, sin que haya una conducta activa u omisiva de por medio, la responsabilidad civil es impensable.”⁴⁵⁶

El daño no puede ser objeto de la responsabilidad administrativa sino puede ser imputado al hecho de una persona pública determinada, sumado al hecho de que esta persona pública no pueda llegar a invocar una causal que le permita exonerarse de esta responsabilidad⁴⁵⁷. “Una condición previa sigue siendo siempre necesaria para que la responsabilidad de la Administración pueda ser pretendida: el daño debe poder serle imputado, que exista una relación directa entre el daño y un servicio administrativo. Hay aquí una necesidad que subsiste, cualquiera que sea el tipo de responsabilidad.”⁴⁵⁸

“Es necesario un daño *causado por la Administración Pública*, producido por una fuerza que emana de ella”⁴⁵⁹. Esta fuerza que emana de la Administración, la actividad dañosa, puede materializarse de manera amplia, al provenir o bien de la actividad jurídica o bien de la actividad material administrativa, a través de actos administrativos particulares, de disposiciones de carácter general, de actuaciones materiales, incluso de la propia inactividad de la Administración, pues también cuando, debiendo emanar la referida fuerza, esto no se produce, se generan, y de qué manera, daños indemnizables.

Al referirnos a la configuración constitucional de la responsabilidad pública tuvimos la oportunidad de anotar que el ordenamiento jurídico no es indiferente al origen del daño, a la forma en que se despliega la actividad administrativa, tanto como que de esta actuación se configuran sectores típicos de los que se predicen determinados tipos de imputación, como ocurre, por ejemplo, en la actividad sanitaria. Se rememora además el que en una regulación legislativa como la colombiana, el ordenamiento establezca que el daño debe tener origen en cualquier causa imputable a una entidad pública. Esta causación del daño por una entidad o autoridad pública es un requisito que representa, a su vez, un amplio cobijo y un claro factor de delimitación.

El funcionamiento normal o anormal del servicio en la configuración española es en la realidad una idea muy cercana al resto de configuraciones que se basan en los factores

⁴⁵⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pp. 188 y 189.

⁴⁵⁷ RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administrative*, 20^o ed., Dalloz, París, 2004, p. 407.

⁴⁵⁸ DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 333.

⁴⁵⁹ MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2^o ed., t. IV, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 225.

subjetivos u objetivos de imputación, esto es, culpa, riesgo o ruptura de igualdad ante las cargas públicas, por ello se ha afirmado que “al abordar el concepto de imputación (o imputabilidad) la doctrina de nuestro país afronte el examen de la fórmula del ‘funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos’ [...] se analiza qué se entiende por servicio público a efectos de responsabilidad, y se concluye que esta noción equivale a toda la actividad propia de la Administración (al giro o tráfico administrativo)”⁴⁶⁰. Al lado de los típicos títulos de imputación referidos, que se entienden como títulos concretos, la doctrina administrativa se pronuncia sobre uno más general y básico, el de la “titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo seno se ha producido el daño”⁴⁶¹. De la mano de esta presentación, en el país ibérico se hace evidente que una cosa es el atribuir una acción, una conducta a un sujeto determinado y otra diferente es atribuir la responsabilidad. Esta reflexión ha llevado a la precitada doctrina a presentar la llamada *imputación de primer nivel*, donde se realiza el análisis de la atribución de la conducta a la Administración como organización, caso en el cual se verificará si la persona física, que ha dado origen al daño, estaba integrada en la organización de la que se predica la titularidad del servicio público.

El que sea imperativo el requisito de la imputación del daño a la conducta de la Administración no quiere significar que sea necesario identificar al agente administrativo concreto que lo ha causado, situación que recuerda los llamados daños anónimos y que pone de presente que más que a una persona natural, es a la organización administrativa a la que se imputa, al titular del servicio, todo sin perjuicio de la acción de repetición que corresponda ejercer a la Administración.

Con independencia de que se concuerde o no con la tesis de la imputación de primer y segundo nivel, lo que queda en evidencia es la necesidad de que en un momento inicial del decurso analítico de la responsabilidad administrativa se haga evidente el hecho de que el daño debe tener origen en la actividad que despliega el Estado, en su actuación u omisión. Una idea sobre la que ya parece ocioso insistir, pero cuya importancia esencial quedará en manifiesta evidencia más adelante.

La *omisión* que pueda predicarse de la Administración a efectos de su responsabilidad requiere una consideración adicional, pues allí lo relevante no es el simple hecho que la

⁴⁶⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 52 y 53.

⁴⁶¹ *Ibíd.*, p. 52.

Administración no actúe, sino que deje de actuar cuando legalmente tiene el deber jurídico de hacerlo, cuando exista un deber legal de conducirse de determinada manera del que pueda predicarse una omisión como consecuencia de su inobservancia⁴⁶². “La perspectiva del incumplimiento de un deber jurídico es, probablemente, el único enfoque con el que puede ser jurídicamente evaluada e identificada la inactividad de la Administración”⁴⁶³. Esta perspectiva de la omisión y del incumplimiento de un deber jurídico, que se ubica en consecuencia dentro del funcionamiento anormal del servicio, es una nota de particular interés cuando abordemos la forma en que la responsabilidad de la Administración se presenta en la actividad contractual, por lo que desde ahora dejamos en evidencia la manera en que, entre otras, el impago de obligaciones pecuniarias es estudiado por la doctrina especializada como uno de los supuestos típicos de inactividad material de la Administración⁴⁶⁴, una actividad material que es susceptible de generar responsabilidad patrimonial y que tiene como norte el citado incumplimiento.

II. Los factores de atribución y los regímenes de responsabilidad

A partir del estudio de los fundamentos de la responsabilidad administrativa observamos cómo los llamados factores típicos de atribución de la culpa, el riesgo y la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas han sido abordados desde la doctrina, al tiempo, como criterios de imputación de la responsabilidad y como fundamentos de la institución. La imposibilidad de fundar toda la institución jurídica en estos factores de atribución quedó antes en evidencia; ahora bien, que sobre ellos se haya pretendido erigir toda la responsabilidad administrativa es una clara muestra de su significativa importancia para la construcción y delimitación de la responsabilidad administrativa.

Desde que, de la mano de EISENMANN⁴⁶⁵, se alcanzó la referida lectura dual sobre los fundamentos de la responsabilidad a partir de las consideraciones sobre el fundamento último o mediato y del fundamento inmediato o las condiciones, la escisión entre los

⁴⁶² Cf. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011; GÓMEZ PUENTE, Marcos, “La inactividad de la Administración”, en: Cano Campos, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, t. III, v. II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 235-263.

⁴⁶³ GÓMEZ PUENTE, Marcos, “La inactividad de la Administración”, op. cit., p. 235.

⁴⁶⁴ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., pp. 955 y ss.

⁴⁶⁵ EISENMANN, Charles, “Sur le degré d’originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, op. cit., p. 414.

fundamentos y las condiciones de existencia viene haciendo parte de posiciones doctrinales diversas. Así, mientras que BERLIA⁴⁶⁶, por ejemplo, observa en estas categorías verdaderos fundamentos, MOREAU⁴⁶⁷ aclara que no constituyen más que condiciones. Luego de haber puesto de presente la imposibilidad de fundamentar toda la institución jurídica de la responsabilidad en estos llamados “fundamentos inmediatos”, nos ocuparemos ahora de su estudio como verdaderos requisitos o condiciones de la responsabilidad, que permiten avanzar en la intención de delimitar los contornos de la institución.

Decidir si existe una razón suficiente para atribuir la responsabilidad es una consideración sobre el por qué se responde. Las razones pueden ser variadas, puede ser porque se registre un comportamiento intencionado, culposo o negligente, o porque el daño se produzca en el ámbito de una actividad riesgosa, o incluso porque una actuación (para el caso específico de la responsabilidad administrativa) genera un daño que rompe la igualdad ante las cargas que los ciudadanos deben ordinariamente soportar. La imputación parece estar así más cerca de la idea de las “buenas razones para producir el endoso o traslado del daño” a que se refiere DÍEZ-PICAZO en su obra⁴⁶⁸.

“El criterio de imputación es un término equívoco con el que no hacemos referencia a *quién* debe responder, sino que constituye una técnica que permite decidir *cuándo* la lesión debe ser reparada y *cuándo* debe soportarse sin indemnización”⁴⁶⁹. Cuando GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ discurren sobre este particular, hacen notar que se trata sobre “el problema de la imputación, cuyo núcleo esencial se reduce a determinar con base a qué títulos puede atribuirse a la Administración el deber de reparación en que la responsabilidad patrimonial se concreta”⁴⁷⁰.

¿Qué determina que nos encontremos en uno u otro régimen de atribución? La respuesta general podría venir dada por el tipo de actividad administrativa que se despliega o la

⁴⁶⁶ Cf. BERLIA, Georges, "Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français", op. cit., pp. 685-704.

⁴⁶⁷ MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, 3^o ed., Presses Universitaires de France, París, 1986, pp. 82 y ss.

⁴⁶⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 22.

⁴⁶⁹ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 711.

⁴⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 391.

modalidad en que se manifiesta el hecho dañoso⁴⁷¹, no obstante, antes de entrar en el estudio de los típicos títulos de imputación, vale la pena registrar que se han enarbolado también posiciones que parecen enfrentarse con las anteriores lecturas y que privilegian la posición de la víctima al sostener que:

“[...] constatamos que a cada sistema de responsabilidad corresponde, no un grupo más o menos numeroso de actividades administrativas, sino un tipo especial de víctima. Parece entonces cierto que el principio susceptible de dar una imagen fiel de un derecho positivo, coherente pero matizado, deber ser buscado ‘del lado de la víctima’. Es la situación de la víctima, esto es, su posición específica respecto del servicio que le ha causado el daño, que ordena la elección del sistema de responsabilidad aplicable. [...] Es entonces la situación de la víctima lo que determina la elección del sistema de responsabilidad en derecho administrativo.”⁴⁷²

A. Factores subjetivos: el funcionamiento anormal y la falla del servicio

La valoración del comportamiento del actor, su culpa o negligencia, ha sido siempre tan determinante para el instituto de la responsabilidad civil que por muchos años se confundió con su fundamento último, con la explicación y la razón de ser de la reparación.

Cuando la responsabilidad administrativa comenzó a desarrollarse existía ya en el derecho privado toda una construcción teórica, un lenguaje que le sirvió como apoyo al juez de la Administración para elaborar su propia construcción. En particular, se partió de la noción de culpa del derecho privado para realizar una adaptación a la responsabilidad que se produce en el contexto de la prestación de servicios públicos, noción que ha estado siempre muy atada a la propuesta original de PLANIOL que la había definido como la inobservancia/incumplimiento de una obligación preexistente. Todos los autores reconocen que el desconocimiento de una norma impuesta por el derecho es indispensable para la constatación de una culpa. La culpa en definitiva es la “violación de una norma o de un deber que se impone al agente”⁴⁷³.

Finalmente, es esta concepción que llega desde el derecho civil la que se adopta en el derecho de la responsabilidad de la Administración, es la misma noción de

⁴⁷¹ Cf. LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, pp. 140 y 141.

⁴⁷² MOREAU, Jacques, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 7, Paris, 1957, pp. 33 y 87.

⁴⁷³ VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., pp. 322 y 323.

incumplimiento de una obligación preexistente, en este caso, una obligación a cargo de la Administración, pues, con CHAPUS, había quedado claro que, no obstante los múltiples intentos, finalmente no hemos construido una mejor noción⁴⁷⁴. “Desde hace más de medio siglo, los especialistas del derecho de la responsabilidad ensayan el forjar definiciones de la falla del servicio. Estas tentativas doctrinales han esencialmente fracasado; ellas no pueden más que fracasar dado la gran diversidad de situaciones concretas con las que se encuentra el juez administrativo”⁴⁷⁵.

La falla del servicio presenta, con relación a la culpa privada, unos caracteres particulares que en un número significativo de elementos han terminado por converger. La versión administrativa del concepto civil de culpa para mentes, entre otros, en el hecho que esta se predica de una personalidad jurídica y no física. Este entendimiento particular de la culpa, vista a través de deberes objetivos, más que de la individualidad, de la intencionalidad de una persona, se consolidaba en Francia, desde el derecho privado, hacia 1930 como una posición doctrinaria “objetivista”, que deslindaba el concepto de culpa de cualquier inquietud sobre el espíritu del agente, sobre su intención, que lo desconectaba de nociones subjetivas, lo que permitiría, entre otras, que se pudiera imputar responsabilidad subjetiva a personas morales⁴⁷⁶. Una comprensión de la culpa que sirvió entonces para avanzar tanto en la responsabilidad civil de personas jurídicas en derecho privado, como en la responsabilidad civil de la Administración.

A pesar de que la noción de obligación es un concepto por construir, poco recurrido en Derecho Administrativo, que, como hemos señalado con CHEVALLIER, resulta al tiempo familiar y extraña para los administrativistas⁴⁷⁷, una mayoría de autores termina por acoger la referida noción de falla del servicio como el incumplimiento de una obligación preexistente.

La falla del servicio es un incumplimiento del servicio, esto es, un fallo en su funcionamiento normal que puede consistir en un acto material o un acto jurídico, puede tener un carácter voluntario o involuntario, puede ser el resultado de la toma de una decisión o de una abstención⁴⁷⁸. “En materia de responsabilidad por culpa, el órgano

⁴⁷⁴ CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. I, 15ª ed., Montchrestien, París, 2001, p. 1294.

⁴⁷⁵ MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, op. cit., p. 61.

⁴⁷⁶ Cf. VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., p. 324.

⁴⁷⁷ Sobre esta discusión, CHEVALLIER, Jacques, “L’obligation en droit public”, en: *Archives de philosophie du droit*, t. 44, 2000, pp. 179-194. Cf. *Supra* cap. IV, t. I.

⁴⁷⁸ RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administrative*, op. cit., pp. 410 y ss.

susceptible de comprometer a la Administración es el servicio público entendido como el organismo complejo, compuesto por autoridades, agentes, reglas y prácticas administrativas, empleadas en la realización de una cierta función.⁴⁷⁹

A este punto resulta evidente la decidida influencia que ha tenido el derecho francés en la construcción de la responsabilidad de la Administración en el derecho público colombiano, tanto como que el criterio subjetivo de *faute de service*, de amplio desarrollo en el país galo, terminará por hacer su arribo a partir de una traducción muy cercana de la versión original plasmada en la idea de la *falla del servicio*⁴⁸⁰, situación que no obsta para recordar que había sido la propia doctrina francesa la que, de la mano de MOREAU, sostuvo que la noción de falla del servicio es más bien impropia y que sería más exacto y menos equívoco sustituirla por una fórmula de “funcionamiento defectuoso del servicio”⁴⁸¹, noción última más cercana al tratamiento que se le da al factor subjetivo en el derecho español.

Si bien afirmamos que la culpa tiene una condición particular en el Derecho Administrativo de la responsabilidad pública, que lleva a que en su lugar nos refiramos más propiamente a los conceptos de funcionamiento anormal o falla del servicio, el que se siga clasificando estos últimos como factores subjetivos de imputación viene dado por el hecho de que bajo su égida el juez continúa evaluando la manera en cómo el servicio se presta, sigue realizando una lectura del comportamiento, de las actuaciones desplegadas o las omisiones en que se incurre. “El juez es quien condena. Y el juez, al condenar a la Administración, tiene necesaria e inconscientemente a la vista el *desideratum* de cómo debería ser la Administración”⁴⁸². El grado de configuración de la norma facilita esta labor de un juez que debe pronunciarse sobre la procedencia de la responsabilidad por falla del servicio, no obstante, en ocasiones, cuando el grado de configuración sea menor, existe una mayor capacidad interpretativa del juez para evaluar si el aparato administrativo, en una coyuntura específica, actuó o se abstuvo de hacerlo de manera correspondiente a aquello que debió ser⁴⁸³.

⁴⁷⁹ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administrative et de droit public*, 12ª ed., Dalloz, París, 1933, reimp., 2002, p. 517.

⁴⁸⁰ Cf. HENAO, Juan Carlos, “La noción de falla del servicio como violación de contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”, op. cit., pp. 59-114.

⁴⁸¹ MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, op. cit., p. 66.

⁴⁸² MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., p. 363.

⁴⁸³ Cf. PAILLET, Michel, *La faute du service public en droit administratif français*, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 136, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, pp. 318 y ss.

DELAUNAY, en un estudio general dedicado a la culpa de la Administración, incluso fuera de la institución de la responsabilidad administrativa, había advertido que más que el incumplimiento de una obligación, lo que se evalúa es el:

“incumplimiento de un ideal de acción administrativa [...] El reconocimiento de una falla no tiene por solo objeto el de encontrar a una persona responsable sino también de establecer los límites de la acción administrativa y de definir una línea de conducta en la gestión interna del servicio [...] Por la pedagogía que despliega, los límites que precisa y el juicio que comporta, la falla debe ser vista como un instrumento de disciplina de la Administración.”⁴⁸⁴

Que el servicio haya funcionado mal, no haya funcionado o haya funcionado tardíamente, concepción heredada desde el derecho francés de la mano de DUEZ⁴⁸⁵, ha sido una guía para el estudio del factor de imputación por excelencia. La falla del servicio es la regla general, el llamado régimen común de la responsabilidad, el que pasa por delante de otros factores, en palabras de CHAPUS⁴⁸⁶. Así lo ha entendido, por demás, la jurisprudencia administrativa colombiana:

“De acuerdo con una posición pacífica y reiterada de la Sala, cuando quiera que en un proceso, en el cual se clame por la declaración de responsabilidad del Estado y por la condena consecuente, se acredite la presencia de una falla del servicio, será este el título de imputación de responsabilidad con base en el cual se habrá de decidir, puesto que **representa el régimen por excelencia** para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado”⁴⁸⁷ (énfasis añadido).

En la referida sentencia se especifican las razones de la preponderancia de la falla del servicio, que corresponden a factores como: 1) el hecho de ser la forma más frecuente en la que se produce un daño en el actuar de las autoridades públicas; 2) el que la falla del servicio permita un diagnóstico sobre la actividad de la Administración; 3) el que, dada la evaluación sobre la incorrección de la actuación administrativa, permite a su vez que a futuro se puedan evitar nuevos daños de similar entidad; 4) a efectos del ejercicio de la acción de repetición la falla del servicio es el título que aporta mayor claridad para juzgar la actuación.

Así lo ha pretendido también la doctrina española. Como parte de los remedios frente a la responsabilidad objetiva global y como un avance en la delimitación de la institución en el país ibérico, MARTÍN REBOLLO propone “un pequeño cambio metodológico según

⁴⁸⁴ DELAUNAY, Benoît, *La faute de l'administration*, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 252, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2007, pp. 47 y 48.

⁴⁸⁵ Cf. DUEZ, Paul, *La responsabilité de la puissance publique: (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris, 1927.

⁴⁸⁶ CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. I, op. cit., p. 1371.

⁴⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 18.105.

el cual procedería abordar siempre primero la verificación de si ha habido o no un funcionamiento anormal de la Administración. Sólo si no hay un funcionamiento anormal (personal o del servicio como tal) se entraría a verificar si hay funcionamiento normal indemnizable⁴⁸⁸. Observa el autor en esta propuesta de abordar de manera explícita el funcionamiento anormal como una cuestión previa a otras consideraciones, un avance hacia la seguridad del sistema.

Por su parte MIR propone para el Derecho Administrativo español el que la responsabilidad sea excepcionalmente objetiva. De la mano de una reforma legislativa que haga del funcionamiento anormal el título general de imputación, aboga a su vez por supuestos típicos particulares que den lugar a la responsabilidad objetiva⁴⁸⁹.

El análisis sucesivo que privilegia el estudio de la falla del servicio, del funcionamiento anormal, constituye una concreción más de aquello que hemos llamado el “viaje de vuelta” de la responsabilidad administrativa⁴⁹⁰. En el derecho colombiano, la lesión antijurídica heredada de la configuración constitucional española ha probado su pasiva convivencia con un régimen que ubica la falla o el funcionamiento anormal como el primer factor de imputación a observar, una nota comparativa útil que soporta y vigoriza el referido llamado de la doctrina administrativa española para que este ordenamiento proceda en similar sentido.

Finalmente, dada la definición de falla del servicio, es fácil ver que la necesaria trasgresión de un deber, la violación de una norma jurídica, el incumplimiento de una obligación, puede tener cabida fuera o dentro de una relación contractual, no hay en consecuencia diferencias fundamentales entre la culpa contractual y la culpa delictual o cuasidelictual⁴⁹¹. En este mismo sentido se ha posicionado CHAPUS, para quien la calificación de la falla como contractual “no significa en absoluto que se trate de una falla particular, distinta en sí misma de las faltas cometidas fuera de esta hipótesis. La noción de falla es una e invariable.”⁴⁹²

⁴⁸⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., p. 367.

⁴⁸⁹ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op.cit., pp. 221-254 y 324-326.

⁴⁹⁰ Cf. *Supra*, cap. V.

⁴⁹¹ VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., p. 326.

⁴⁹² CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, op. cit., p. 372.

B. Factores objetivos: el funcionamiento normal del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial

Con todo y la indiscutida importancia de la falla del servicio para la institución de la responsabilidad pública, esta no constituye en todo caso una condición absoluta, un *sine qua non*, en la medida en que se puede prescindir de ella al ser reemplazada por un hecho no culpable de la Administración, un argumento suficiente para desvirtuar las pretensiones generales de fundamentación del instituto resarcitorio a partir de este concepto.

El origen de la responsabilidad objetiva es de larga data, de fecha muy cercana al aludido fallo *Blanco*. Desde el 21 de junio de 1895, en el fallo *Cames*, el Consejo de Estado francés admitió por primera vez la procedencia de una responsabilidad sin culpa, basada en el riesgo, para indemnizar a un obrero de una fábrica cuyas heridas sufridas le imposibilitaban continuar con su trabajo, esto a pesar de que no podía predicarse falla de su empleador, en este caso el Estado⁴⁹³.

Con posterioridad se han producido otros grandes fallos que ampliaron el ámbito de la responsabilidad objetiva, como el que dio origen al célebre reconocimiento de la responsabilidad sin culpa basada en la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. En el fallo *Couitéas*, de 30 de noviembre de 1923, un propietario que había obtenido en sede judicial el derecho de expulsar a los ocupantes de su predio, se enfrenta a la imposibilidad de lograr la ejecución material de su sentencia con la ayuda de la intervención de las fuerzas del orden, pues así lo impedían razones de interés general, por ello, para el juez administrativo, si bien es válido que un ciudadano deba inicialmente, en nombre del interés general, soportar esta carga sobre su patrimonio, el principio de igualdad ante las cargas públicas, consagrado en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, justifica una compensación respectiva⁴⁹⁴.

Finalmente merece ser reseñado el fallo *La Fleurette* de 1938, donde se amplió la responsabilidad objetiva basada en la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas a supuestos derivados de la llamada responsabilidad del Estado legislador, en esta ocasión como resultado de la indemnización que se decretara por parte del Consejo de Estado

⁴⁹³ <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/21-juin-1895-Cames>

⁴⁹⁴ <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-novembre-1923-Couiteas>

como consecuencia de la prohibición derivada de una ley que le impedía a una sociedad dedicada a la fabricación de productos lácteos el continuar con la producción y venta de un producto que hasta entonces venía realizando y que no constituía peligro alguno para la salud de sus consumidores, la anormalidad y especialidad del daño, que habían sido enarbolados como requisitos desde el fallo *Couitéas*, se ratificaron entonces como elementos necesarios para que proceda la indemnización⁴⁹⁵.

Al preguntarse por las razones que llevan a adoptar arquetipos de responsabilidades diferentes a la falla del servicio, MOREAU precisa que “es por facilitar la indemnización de un particular lesionado que el juez administrativo ha adoptado sistemas diferentes a la falla del servicio. La multiplicidad de sistemas de responsabilidad es entonces una prueba de la benevolencia del juez respecto a la víctima”⁴⁹⁶, una consideración que es sin duda una clara muestra de ese proceso constante de ampliación del instituto resarcitorio del que hemos dado amplia cuenta.

El hecho de que la responsabilidad objetiva se presente de maneras diversas, el que responda a factores de imputación diferentes, ha significado que desde la doctrina se pretenda hallar un fundamento común que opere siempre cuando la culpa ha dejado de estar presente. De esta manera, ante las dificultades para hallar el fundamento de toda la responsabilidad administrativa, quizás sea posible hallarlo en una parte de ella, en la que se produce allende la culpa. Algunos autores han tratado de encontrar, en consecuencia, un principio común a todos los regímenes de responsabilidad sin falta, pues quizás en los regímenes donde no ha existido falla del servicio, pueda realizarse un análisis de conjunto, donde se identifique un fundamento común.

Sobre esta particular empresa valga recordar aquí lo expuesto en la primera parte de este trabajo sobre los fundamentos y su verdadero alcance. Aunque podría pensarse que los regímenes de responsabilidad sin culpa (riesgo y daño especial) pudiesen llegar a ser fusionados para ser estudiados bajo un fundamento común, como el principio de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, varios elementos se oponen a esta pretensión de tratamiento unificado. No solo en el plano causal “no existe relación alguna entre un daño causado sin culpa proveniente de explosiones y uno provocado por

⁴⁹⁵ <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/14-janvier-1938-Societe-anonyme-des-produits-laitiers-La-Fleurette>

⁴⁹⁶ MOREAU, Jacques, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, op. cit., p. 26.

la aplicación de una ley⁴⁹⁷, sino que cuando se pretenden analizar todos los supuestos bajo el concepto de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, las características y requisitos del régimen de riesgo excepcional se ajustan mal, como pudimos comprobarlo⁴⁹⁸, a la lógica de un daño que desajuste el pretendido equilibrio por considerarse una carga que se impone en aras de proteger el interés general.

En algunos casos, el riesgo en la actividad administrativa continúa siendo un elemento valorativo de un amplio valor explicativo como fundamento de imputación, más que las características particulares de la anormalidad y especialidad del daño, aunque estas últimas, por la manera especial en la que se presenta el daño como concreción de una actividad riesgosa, puedan también terminar por estar materialmente presentes⁴⁹⁹.

Las teorías del daño especial y del riesgo excepcional permiten sustentar la responsabilidad objetiva del Estado, teniendo como elemento común (más que un verdadero fundamento explicativo) el hecho de que se despliegan en el marco de actividades lícitas. En todo caso su estudio merece consideraciones individuales dada su particular procedencia.

B.1. El riesgo

Como un reconocimiento temprano de la gran revolución que significó para el instituto de la responsabilidad civil la incursión de nuevos factores de imputación, y como una muestra de una doctrina que observaba en esta nueva construcción la imposibilidad de un tratamiento unificado de la responsabilidad, desde el derecho privado años atrás se afirmaba con contundencia que: “cuando todos los espíritus se convenzan de que no hay nada en común entre la idea de responsabilidad fundada en la culpa y la idea de reparación fundada en el riesgo, una gran claridad penetrará en el derecho civil.”⁵⁰⁰

Suficientemente diagnosticado desde el derecho privado está el inicial rechazo a la pretensión de aceptar una responsabilidad ajena a la culpa del causante, un rechazo que hoy no puede aún catalogarse como superado. En el Derecho Administrativo, en cambio, la acogida de la responsabilidad objetiva ha sido bastante más pacífica, a lo que contribuyó que al poco tiempo de reconocida la responsabilidad administrativa,

⁴⁹⁷ COTTERET, Jean-Marie, “Le régime de la responsabilité pour risques en droit administratif”, en: Amselek, Paul et al., *Études de droit public*, Éditions Cujas, París, 1964, p. 391.

⁴⁹⁸ Ver *supra*, t. I, cap. I.

⁴⁹⁹ Cf. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, op. cit., pp. 74 y ss.

⁵⁰⁰ RIPERT, Georges, prefacio a Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, p. XII.

incursionaran nuevos factores de imputación que permitieron que el desarrollo de toda la institución jurídica se hiciera de la mano de factores subjetivos y objetivos.

En el específico campo de la responsabilidad por riesgo, debe hoy tenerse presente que este es una especie de una categoría más general que engloba otros factores de responsabilidad ajenos a la culpa, “la responsabilidad por riesgo tiene entonces un campo de aplicación específico mucho más reducido que el de la responsabilidad sin culpa.”⁵⁰¹

Las categorías de riesgo excepcional y actividad peligrosa se presentan muy de la mano, tanto como que la doctrina los considera como “conceptos idénticos”⁵⁰². El tratamiento cercano que le da la jurisprudencia es una muestra adicional de la aproximación de estas nociones:

“para que pueda atribuirse responsabilidad a la administración bajo el título objetivo de riesgo excepcional [...] es necesario que se materialice un riesgo al que ella haya expuesto a sus funcionarios, empleados, contratistas o particulares, según el caso, con ocasión del desarrollo de actividades peligrosas, tales como el uso de armas de fuego, la conducción de vehículos automotores o la conducción de energía eléctrica.”⁵⁰³

En este particular régimen de responsabilidad objetiva, como lo ha apuntado el propio Consejo de Estado, el riesgo está en cabeza de quien explota la actividad, y solo puede exonerarse de su responsabilidad mediante la acreditación de la existencia de una causa extraña⁵⁰⁴.

“Podemos en efecto sostener que la responsabilidad por riesgo en derecho administrativo interviene en hipótesis donde la colectividad pública y los administrados ejercen una influencia sobre el origen de un acontecimiento sin, no obstante, determinarlo completamente”⁵⁰⁵. Esta idea de un control, aunque parcial, sobre la actividad que se desarrolla, es de significativa relevancia pues, como se apreciará adelante, permite la exclusión de situaciones ajenas al instituto de la responsabilidad civil⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ COTTERET, Jean-Marie, op. cit., p. 391.

⁵⁰² TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 69.

⁵⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de mayo de 2015, exp. 34.927.

⁵⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2002, exp. 14.357.

⁵⁰⁵ COTTERET, Jean-Marie, op. cit., p. 396.

⁵⁰⁶ Cf. *Infra*, cap. V.

Para terminar de presentar estas notas generales, debemos acudir a la diferenciación entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, que, si bien no es originaria de los códigos civiles de herencia napoleónica, ha servido a la doctrina y a la jurisprudencia como una diferenciación útil para permitir escindir situaciones donde el riesgo excepcional ocasiona la responsabilidad administrativa, de situaciones que exoneran a la Administración⁵⁰⁷. En el caso fortuito la nota de interioridad del evento, de su conexión con el objeto del daño, de su relación con la actividad donde el daño se presenta, es lo que permite diferenciarlo de situaciones típicas de fuerza mayor que sí que excluyen la responsabilidad administrativa por tratarse de causas extrañas, externas. Es verdad que esta sigue siendo una diferenciación muy difusa, de difícil aprehensión en una multiplicidad de casos, no obstante, la llamada “falla del servicio que se ignora”, que en la construcción de HAURIUO pone el acento en la indeterminación del origen del daño, aunque se sepa que este se produjo en conexión con la actividad peligrosa, sigue siendo un recurso acudido a efectos de demarcación al interior de la institución resarcitoria.

“Es, pues, esta idea del caso fortuito así definida –y no el equívoco postulado de la igualdad ante las cargas públicas en virtud del cual se atribuirían al Estado, como contrarios al mismo, la generalidad de los riesgos de la vida social, postulados que remiten a la Seguridad Social y a otras prestaciones públicas, pero no a las acciones de responsabilidad patrimonial– en cuanto evento interior de la empresa administrativa, la que perfila y, al mismo tiempo, limita desde un punto de vista rigurosamente técnico jurídico la extensión del concepto del riesgo creado como causa de imputación de daños a la Administración, atribuyendo a ésta el deber de resarcir aquéllos que sean consecuencia de accidentes producidos por o dentro de la organización administrativa que no sean debidos a una causa extraña a la misma (fuerza mayor).”⁵⁰⁸

Esta nota de diferenciación del caso fortuito y la fuerza mayor a efectos del análisis de la responsabilidad por riesgo fue acogida por el Consejo de Estado desde las primeras sentencias que en la justicia colombiana aplicaron la teoría del riesgo excepcional⁵⁰⁹.

Una nota final de relevancia capital viene dada por la doctrina que se ha encargado de poner en evidencia el equívoco que existe al parificar la excepcionalidad del riesgo con la anormalidad del daño: “el riesgo es el peligro que se corre, no el daño sufrido. Decir

⁵⁰⁷ Cf. PATIÑO DOMÍNGUEZ, Héctor, “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en: *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 20, enero-junio de 2011, pp. 371-398.

⁵⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 397.

⁵⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 1989.

que el riesgo es el daño, es confundir la causa y la consecuencia⁵¹⁰. Lo que define entonces este particular factor de imputación proviene del riesgo que genera la actividad que se cataloga como peligrosa, no la entidad particular del daño que se sufra. Donde sí que es necesaria una calificación especial del daño sufrido es en la categoría de daño especial, que pasamos de inmediato a estudiar.

B.2. El daño especial

Íntimamente relacionado con el principio de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, el daño especial es un factor de atribución de la responsabilidad objetiva del Estado que opera cuando, en desarrollo de una actividad lícita, que se realiza en pro del interés general, se causa un daño a una persona, daño que debe observar, de acuerdo al origen de la figura, las características de especialidad y anormalidad.

El que en nombre del interés general se generen cargas particulares a determinados miembros de la colectividad, explica que deba otorgarse una indemnización que pretende restablecer ese equilibrio roto. Por su parte, la especialidad se refiere al hecho que no afecte sino a determinados miembros de la colectividad, y la anormalidad se produce en la medida en que se cumpla un grado determinado de importancia, que supere los inconvenientes ordinarios que los ciudadanos deben soportar en la vida en sociedad⁵¹¹.

El carácter abierto de los conceptos de especialidad y anormalidad posiciona en el juez un importante papel de apreciación. Cuando es una sola persona la que sufre un daño como resultado de la ruptura de la igualdad de cargas, la nota de especialidad resulta más evidente; sin embargo, el problema de apreciación se complica cuando el daño atañe a un grupo de personas. Una consideración de similar entidad ocurre con la nota de anormalidad, donde lo que debe apreciarse es la gravedad del daño, lo que implica observarlo, no en el vacío, sino en consideración relativa a la situación particular en la que se encuentre su víctima⁵¹².

⁵¹⁰ COTTERET, Jean-Marie, op. cit., p. 393.

⁵¹¹ Cf. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1364.

⁵¹² Cf. DELVOLLÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., pp. 259 y ss.

Los requisitos particulares de este factor de atribución, que no tiene parangón en el derecho civil, han dado paso a una jurisprudencia administrativa que en ocasiones acude a su cobijo en situaciones donde su procedencia es discutida⁵¹³.

En el ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, al igual que ha ocurrido con la responsabilidad en el sector sanitario, ha sido objeto de un tratamiento jurisprudencial dispar a partir de la aplicación de diferentes títulos de imputación, solo que en esta ocasión el proceso que describe se ajusta más a unas pretensiones de ampliación del instituto resarcitorio público. Las fases por las que ha pasado la responsabilidad del Estado por privación injusta han sido recogidas recientemente por la propia jurisprudencia colombiana que da cuenta de un tránsito que va desde una primera etapa subjetiva, a una última de caracteres típicamente objetivos donde se responde incluso en situaciones donde el proceso termine con sentencia absolutoria o preclusión de la investigación, inclusive en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, esto “aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado”⁵¹⁴. En garantía de un derecho fundamental como la libertad, la jurisprudencia ha ampliado los márgenes indemnizatorios de una responsabilidad de carácter objetivo que tiene, en la ardua concreción de la culpa grave o el dolo de la víctima o la falta de interposición de los recursos de ley, puntuales y limitadas causales de exoneración⁵¹⁵.

⁵¹³ Cf. M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, “Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 204 y ss.

⁵¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de noviembre de 2016, exp. 39.389; sentencia de 17 de octubre de 2013, exp. 23345; sentencia del 19 de octubre 2011, exp. 19.151.

⁵¹⁵ He aquí un ejemplo de cómo el pretendido autocalificativo de la responsabilidad administrativa española, de ser la responsabilidad más generosa del mundo, se enfrenta a la realidad de otros ordenamientos como el colombiano, donde se indemnizan situaciones que no tendrían cabida en el país ibérico. No es un torneo indemnizatorio, ni mucho menos, pero esta particular situación evidencia una realidad que deja por fuera la reparación de daños en una responsabilidad que se cataloga como objetiva global de la Administración, pues su configuración constitucional no incluye supuestos de responsabilidad por la administración de justicia, mientras que la responsabilidad del país latinoamericano las indemniza bajo el amparo de una Constitución que cobija el resarcimiento por parte del Estado de los daños causados por todas sus autoridades públicas, no solo por las autoridades administrativas, bajo un régimen de tintes objetivos.

III. Sobre la determinación del régimen aplicable y sus consecuencias

Dado que la configuración constitucional de la responsabilidad estatal no resuelve el problema del régimen de responsabilidad aplicable a cada caso, M'CAUSLAND con acierto se pregunta “¿cómo se determina, en los casos concretos, cuál es el régimen de responsabilidad cuya aplicación resulta procedente? [...] la respuesta parece clara: el régimen aplicable se determina con fundamento en la ley”⁵¹⁶. Tras un análisis de la legislación, concluye que el juez, quien es el que debe determinar en cada caso concreto el régimen aplicable⁵¹⁷, debe acudir al ordenamiento jurídico para identificar las normas que le sirven de fundamento.

La gran talanquera a la que se ve enfrentada esta concepción viene dada por el hecho que, tal y como lo ha indicado TAMAYO, en un ordenamiento como el colombiano el “Consejo de Estado ha ido elaborando todo un sistema de responsabilidad carente de textos específicos”⁵¹⁸, por ello, allí donde la densidad en la configuración legislativa es muy escasa, el espacio no puede más que ser ocupado por el juez a quien en última medida se le ha presentado la necesidad de establecer típicos regímenes de responsabilidad, con todo y los vaivenes jurisprudenciales y las consecuencias sobre la seguridad jurídica que ello representa y que se hacen evidentes en sectores como el sanitario o la privación injusta de la libertad, donde, como pudimos apreciarlo, se ha transitado por diferentes regímenes.

Una de las consecuencias más acusadas de ubicarse en uno u otro régimen, sea que a ello se llegue como resultado de una definición legislativa o jurisprudencial, viene dada por las exigencias probatorias que se derivan en cada caso. En los regímenes subjetivos el demandante debe probar principalmente el daño y el incumplimiento de un deber de la Administración para que proceda la responsabilidad, mientras que en los regímenes objetivos habrá que probar, según sea el caso, además del daño, o bien que este es producto de una actividad peligrosa, o que tiene las características de excepcionalidad y anormalidad que se predicen ante la ruptura del equilibrio ante las cargas públicas. La forma en que la Administración se libera de la responsabilidad también varía, pues en la primera basta con demostrar el cumplimiento cabal de sus obligaciones, mientras que en

⁵¹⁶ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, “Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades”, op. cit., p. 190.

⁵¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21.515

⁵¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 48.

los regímenes objetivos tendrá que acudir a la exoneración por causa extraña donde la fuerza mayor, la culpa de la víctima o la intervención de un tercero, se erigen como la clave.

Otra consecuencia diferencial, de importantes repercusiones, proviene del tratamiento que algunos ordenamientos le dan al monto indemnizatorio. Como principio general, dada la privilegiada función indemnizatoria que cumple la responsabilidad, “la indemnización necesaria para compensar el perjuicio sufrido debe ser calculada en función del valor de daño, sin que la gravedad de la culpa tenga ninguna influencia sobre el montante de dicha indemnización”⁵¹⁹, lo mismo sería verdad para la responsabilidad objetiva, pues las consideraciones sobre el daño sufrido superan a cualquier otra sobre la manera en que este se produjo. Ahora bien, el que ordenamientos como el argentino excluyan el pago del lucro cesante en supuestos de responsabilidad sin culpa⁵²⁰, es una muestra de las eventuales consecuencias diferenciales que puede establecer el legislador dentro de los distintos regímenes de responsabilidad administrativa; así, la forma en cómo se origina el daño, su causa, no es en consecuencia siempre y en todos los casos indiferente a efectos de la determinación del resarcimiento.

⁵¹⁹ DELAUNAY, Benoît, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 348.

⁵²⁰ Cf. *Supra*, cap. II.

CAPÍTULO IV. CONSIDERACIONES CAUSALES

“¿Cuándo se entiende que hay nexo causal entre la actuación administrativa y el daño producido?”⁵²¹. La respuesta a este interrogante, que atina a escudriñar una relación reveladora de la responsabilidad civil, podría inicialmente formularse en términos claros: cuando ha sido esa actuación (la que se somete a consideración) y no otra, la que ha producido el daño que se estudia. Ahora bien, aunque así planteado podría exhibirse como un elemento de fácil aprehensión, el estudio de la causa es un área extensa, discutida, plagada de aportaciones divergentes, donde la filosofía ha venido a desempeñar un rol preponderante⁵²².

I. La causalidad y la imputación objetiva

Cuando se indaga sobre la naturaleza de la causalidad en la responsabilidad civil (contractual y extracontractual), una de las cuestiones más determinantes es su lectura dual que escinde su entendimiento entre la llamada causalidad física o material y la causalidad jurídica. Desde la primera se afirma que ha existido causa cuando al suprimir mental o idealmente, en el curso ordinario de un acontecimiento, una condición, el hecho no se habría producido. Desde esta perspectiva la causa es la condición *sine qua non* del daño, es el factor o condición sin el cual el daño no llega a presentarse. Al retirar la causa desaparece su consecuencia, el daño. Dado, además, que para la existencia de un fenómeno es necesario, en realidad, una suma de fuerzas, a esta teoría se le conoce también como la equivalencia de las condiciones, pues todas las condiciones tienen el mismo derecho a ser entendidas como causa del evento, “entre las condiciones de un resultado, no se puede establecer ninguna diferenciación esencial”⁵²³.

⁵²¹ COSCULLUELA MONTANER, Luis, prólogo a MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 32.

⁵²² Que la causalidad sea significativa para la responsabilidad es una verdad que resulta de perogrullo para los juristas; los filósofos, en cambio, han dedicado un ingente esfuerzo a determinar por qué la causalidad es importante (o no) para la responsabilidad. De la mano de trabajos clásicos HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M., *Causation in the law*, Oxford University Press, 1959, se pueden además consultar aportaciones más recientes PAPAYANNIS, Diego, (coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2014.

⁵²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 360.

La llamada causalidad alternativa o concurrente es sin duda una crítica certera que pone en entredicho la corrección de la causa como un modelo de supresión mental de condiciones a efectos de determinar si el resultado se sigue o no produciendo. El ejemplo constantemente enarbolado en la doctrina está representado por dos personas, A y B, que separadamente envenenan la bebida de un tercero con la suficiente cantidad cada uno para producir su muerte, si la muerte efectivamente se produce, cuando se realiza la indagación causal a partir de la supresión mental de la acción desplegada por A, la muerte se sigue produciendo dada la conducta de B, por lo que se llegaría al absurdo de considerar que A no ha causado la muerte, sin embargo, sabemos que allí la aplicación de esta teoría causal ha desembocado en una falacia pues sin duda A también debe ser considerado causa del daño. Por otro lado, cuando Y le dispara a Z y Z muere no por la herida del disparo sino porque ha sufrido un accidente en la ambulancia que lo transportaba al hospital, Y es causa de la muerte de Z de acuerdo al análisis de la supresión mental de la condición, pues si Y no hubiese disparado, Z no habría sufrido el incidente fatal en la ambulancia accidentada, sin embargo, condenar a Y por la muerte de Z repugna a una parte de quienes someten a consideración este curso causal.

Producto de la amplitud que genera un entendimiento de la causa como el que deviene de su estudio fáctico, el derecho trata de refinar su conceptualización para sus efectos de atribución de responsabilidad, lo que hace a través de valoraciones que ponderan las diferentes condiciones y, entre las muchas, selecciona, a través de parámetros determinados, aquellas que tienen relevancia jurídica, entendimiento que da cabida a la llamada causalidad jurídica. Surgen entonces teorías como la llamada causa adecuada o la más reciente tesis de la imputación objetiva. “Estos planteamientos difieren entre sí, pero quienes los han formulado comparten el ‘espíritu de restricción’, pues consideran que el problema del nexo causal consiste en identificar la(s) pauta(s) que limita(n) las inmensas potencialidades aplicativas de la teoría de la casualidad física”⁵²⁴.

Desde que la responsabilidad se decreta a pesar de la multiplicidad de condiciones que intervienen en un fenómeno, el derecho parece acudir a un criterio que le permite diferenciar las meras condiciones de las causas, por ello se afirma que “el derecho es mucho más estricto que la ciencia en sus usos de ‘causa’.”⁵²⁵. Cuando un abogado o un

⁵²⁴ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, op. cit., p. 39.

⁵²⁵ MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford Scholarship, 2009. Versión en español: *Causalidad y responsabilidad, un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 174.

juez se preguntan por la causa de un incendio, normalmente están indagando algo más que la presencia de oxígeno, aunque sin duda este sea una condición necesaria; de allí la necesidad de establecer una distinción entre causas y meras condiciones⁵²⁶, el cómo diferenciar las causas de las condiciones se torna, por supuesto, en el tema central.

Esta división dual de la causa tiene, sin embargo, quien la censure y considere deba ser matizada:

“la causalidad física no es algo que le venga dado al juzgador. Lejos de ser una cuestión exclusivamente técnica que se resuelve sin más incorporando el criterio de expertos, es una actividad *jurídica* de ponderación fáctica [...] valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es, en realidad, un juicio *normativo*, sujeto a criterios variables de racionalidad, que mide el grado (de correspondencia con la) verdad de la hipótesis de que el agente causó el menoscabo [...] Es preciso, pues, relativizar en cierta medida la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, pues también las del primer tipo están ‘teñidas de normatividad’; y reconocer dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física.”⁵²⁷

La jerarquía de la causalidad a efectos de la responsabilidad suele juzgarse basilar, pues al ser consustancial a la responsabilidad, no podríamos imaginar la una sin la otra⁵²⁸. Ahora bien, sobre esta calificación no existe un acuerdo armónico, en especial desde parte de la doctrina filosófica que considera que la causalidad no es una condición ni necesaria ni suficiente de la responsabilidad. Cuando de lo que se trata es del estudio de las condiciones como bases esenciales de la institución jurídica resarcitoria, se ha advertido que “no es la causalidad como tal lo que brinda el fundamento de la responsabilidad”⁵²⁹. La anterior es una idea que se entiende mejor cuando se suma al análisis la responsabilidad derivada de la omisión, donde en estricto sentido no existe causalidad, por ello para quienes así razonan “la responsabilidad no requiere causalidad”⁵³⁰. Existen además una inmensa batería de daños de los que se es causa por los que no se es responsable, baste pensar en los daños (una vez más desde su concepción genérica de aminoración patrimonial) que se producen en el mercado derivados de la libre competencia.

Como noción general y ante las constantes dificultades para definir la causa, quizás deba en todo caso retenerse una idea resaltada por HART y HONORÉ, quienes señalaron que el sentido común es central para entender que la causa es esencialmente algo que

⁵²⁶ En estos términos introducen su trabajo HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M., *Causation in the law*, Oxford University Press, 1959.

⁵²⁷ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, op. cit., pp. 40 y 261.

⁵²⁸ LE TOURNEAU, Philippe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, op. cit., p. 646.

⁵²⁹ COLEMAN, Jules L., *Riesgos y daños*, op. cit., p. 280.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 280.

interfiere en el curso de los eventos que normalmente tienen lugar⁵³¹, la acción humana (o para nuestros efectos la acción administrativa) es de significativa observancia pues es la que hace la diferencia. En el mismo sentido MOORE, para quien la causa “es una interferencia en el curso natural de los eventos que marca una diferencia en los modos en los cuales ellos se desarrollan [...] La noción de causa es esencialmente algo que interfiere con, o en el curso de, los eventos que normalmente tendrían lugar”⁵³².

A. La causalidad jurídica y los límites a la propuesta de adopción de la imputación objetiva en la responsabilidad administrativa

Como se ha podido observar, para superar los problemas derivados de la causalidad física se han propuesto teorías como la llamada imputación objetiva originaria del derecho alemán. Si bien ha tenido un amplio despliegue en la responsabilidad penal, el origen de esta construcción teórica suele ubicarse en un trabajo presentado por el civilista LARENZ⁵³⁴. Al preocuparse por la “extensión del daño indemnizable”, este autor señaló que el concepto más natural de causa falla para poder delimitar las consecuencias. Para explicar los problemas originados en el entendimiento de la lógica causal como una idea física, se apoya en un ejemplo en el que describe a un lesionado que se ha curado rápidamente pero que, debido a la lesión, debió aplazar un viaje. El avión que después utiliza sufre un accidente y en él encuentra la muerte. Para LARENZ:

“la relación causal entre el primer accidente y la muerte por accidente de avión no admite discusión, si el primer accidente no hubiese acaecido, el herido hubiese realizado antes su viaje, y no hubiese utilizado después el avión en cuyo accidente halló la muerte [...] En nuestro ejemplo no falta la relación causal entre la primera lesión y la muerte en accidente de aviación, sino la *imputabilidad de esta relación causal* desde el punto de vista de la responsabilidad.”⁵³⁵

El centro de la cuestión sobre la imputación objetiva radica en sostener que lo que aquí ocurre no es un problema de causalidad, que está atada a lógicas materiales, fenoménicas, al mundo físico, sino de imputación, que es ya un concepto normativo, jurídico, que selecciona una o algunas de entre la multiplicidad de condiciones a efectos de realizar un análisis de atribución de responsabilidad.

⁵³¹ HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M., op. cit., p. 27.

⁵³² MOORE, Michael S., op. cit., p. 339.

⁵³⁴ LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927; ver también LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, t. I., (trad. Santos Briz, Jaime), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

⁵³⁵ LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., pp. 199 y 200.

El pluricitado origen alemán de la figura puede en todo caso ser discutido, pues en el sistema del *Common Law* se conocía de antes una remarcable decisión jurisprudencial que ponía el acento sobre el contenido central de la discusión:

“[...] es más adecuado ubicar los orígenes del análisis de la RDR [análisis de la realización del riesgo] en los casos de mediados del siglo XIX, que se valieron de leyes penales para establecer el deber de cuidado en los casos civiles de negligencia. El que se cita usualmente es el caso *Gorris*, fallado en 1874. En él, el propietario de un barco fue demandado por violar la Ley de Enfermedades Contagiosas (de animales) de 1869, que exigía a los transportistas marítimos y fluviales proveer corrales separados para los animales transportados. Las ovejas del demandante, que no se encontraban dentro de un corral, cayeron por la borda durante una tormenta, lo que –se argumentaba– no habría sucedido de haber estado dentro de un corral. Al rechazar la demanda, el Tribunal de Hacienda de Inglaterra sostuvo que la norma estaba destinada a evitar la prolongación de enfermedades contagiosas entre los animales, no a evitar que ellos se perdieran en el mar, y que, por ende, el daño que el demandante sufrió no estaba dentro del riesgo cuyo peligro motivó la sanción de la norma.”⁵³⁶

Había quedado desde entonces en evidencia la idea de una conducta que ha creado un riesgo y la necesidad de que el resultado dañino sea la materialización de uno de esos riesgos que la norma infringida tenía la intención de evitar, elementos centrales de la tesis de la imputación objetiva⁵³⁷.

Dado que “la imputación objetiva no constituye una teoría unitaria”⁵³⁸, conviven diversos significados sobre su entendimiento jurídico, sin embargo, existe una construcción elemental que suele estar presente en las diversas aproximaciones: la idea de la existencia de una conducta que crea un riesgo, un daño que es la realización de ese riesgo creado y el desvalor que el ordenamiento jurídico da a esta situación, esto es, el riesgo que se ha realizado en el resultado dañoso era de aquellos que la norma que se infringe con este comportamiento tenía la finalidad de impedir⁵³⁹. De la mano de esta construcción general y como parte de su concreción, se presentan los distintos criterios de imputación objetiva (riesgo general de la vida, prohibición de regreso, incremento del riesgo, fin de protección de la norma, adecuación) como elementos instrumentales

⁵³⁶ MOORE, Michael S., op. cit., p. 229.

⁵³⁷ Estas ideas fueron luego desarrolladas por BINGHAM, Joseph W., “Some suggestions concerning legal cause at Common Law”, en: *Columbia Law Review*, V. 9, núm. 1, enero de 1909, pp. 16-37.

⁵³⁸ SANCINETTI, Marcelo, “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en: Cancio Meliá, Manuel (et al.), *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 106.

⁵³⁹ Para una presentación sobre los elementos generales de la imputación objetiva en el derecho penal, véase, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, en especial el capítulo III sobre los fundamentos teóricos.

para recorrer el camino que implica el tratar de corregir los excesos de la causalidad natural.

Los partidarios de la imputación objetiva se oponen con frecuencia a la posibilidad de una concepción normativa de causa, señalan que la causalidad es una lógica que se desarrolla en el mundo material, físico. En otra ocasión hemos tenido ya la oportunidad de poner en entredicho la supuesta imposibilidad de crear un concepto jurídico de causa, creemos, en cambio, que si el concepto del daño que se estudia a efectos de responsabilidad es jurídico⁵⁴⁰, esto es, si el daño se produce sobre derechos, bienes, intereses legítimos, todos conceptos normativos, difícilmente el análisis de su causación puede inobservar la realidad jurídica que hay detrás, que a esto se le quiera llamar o no imputación objetiva es un asunto de preferencias, una vez se entienden las razones y las consecuencias que hay detrás.

Sea que se califique de causalidad jurídica o imputación objetiva, lo que importa es tener presente que el atribuir un daño a un sujeto implica ya una lógica de selección de causas que toca directamente al derecho. En pureza, cualquier teoría causal que no observe a todas las condiciones como equivalentes tiene de por sí una lógica normativa detrás, pues debe seleccionar, de entre muchas condiciones, una, y esto se hace a partir de criterios jurídico-normativos.

En la responsabilidad patrimonial de la Administración española, dentro de la búsqueda del llamado “contrabalance técnico que ponga límites a la ambiciosa formulación inicial”⁵⁴¹ de la responsabilidad pública, dadas las excesivas e indeseadas consecuencias de un sistema de responsabilidad objetiva global, se ha presentado una sugestiva invitación desde la doctrina para acoger dentro de la institución las tesis derivadas de la teoría de la imputación objetiva⁵⁴². BELADIEZ⁵⁴³ y MIR⁵⁴⁴ han defendido propuestas de una lectura de la imputación objetiva en clave de responsabilidad administrativa.

⁵⁴⁰ Es fácil ver ahora, después de abordar el estudio del daño, cómo en realidad la misma discusión sobre la naturaleza dual, material o fenoménica vs. normativa o jurídica de la causalidad es extrapolable al concepto de daño-perjuicio.

⁵⁴¹ NIETO GARCÍA, Alejandro, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 4, 1975, pp. 90-95; “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina y jurisprudencia”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 51, 1986, pp. 427-433.

⁵⁴² Una propuesta inspirada en los postulados de la doctrina civil española que se había pronunciado antes sobre la pertinencia de la adaptación de la imputación objetiva al derecho civil. Cf. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en: Asociación de

BELADIEZ, de la mano del concepto penal de imputación objetiva, sostiene que en la responsabilidad administrativa para que “un daño pueda imputarse objetivamente a un sujeto jurídico es preciso *que la acción causante del daño haya creado un riesgo, y que ese riesgo se haya realizado en el resultado lesivo, teniendo estos daños la consideración de antijurídicos*”⁵⁴⁵ (el énfasis es de la autora). A lo que añade que el riesgo que interesa a efectos de responsabilidad es un riesgo jurídicamente relevante que debe cumplir con las condiciones de ser un riesgo general, inherente al servicio, que no se encuentre socialmente admitido⁵⁴⁶. A estas condiciones sobre el riesgo llega luego de apartarse de las construcciones penales por considerar que allí falta “una idea central que permita solucionar los diferentes problemas que se plantean.”⁵⁴⁷

Por su parte MIR, fiel a la construcción teórica penal, luego de presentar un sugestivo concepto de imputación de primer y segundo nivel para estructurar el análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sostiene que esta deberá responder cuando haya creado un “riesgo jurídicamente relevante a efectos de responsabilidad. Y lo creará cuando el funcionamiento del servicio público merezca una valoración *negativa* desde la perspectiva de la responsabilidad”⁵⁴⁸. Dado el carácter objetivo global de la responsabilidad, luego de un análisis sobre la necesaria entidad cuantitativa y cualitativa del riesgo, el autor acude al concepto de “corrección o incorrección de la actuación administrativa” y al concepto de “error imprudente y no imprudente”⁵⁴⁹, para desarrollar su posición teórica.

Que la imputación objetiva haya tenido un gran éxito en el derecho penal es una muestra clara de la necesidad de su estudio, no obstante, para su eventual recepción en la responsabilidad administrativa no pueden pasarse por alto las voces críticas que hoy se alzan desde diversos campos y que tildan de “apocalíptico”⁵⁵⁰ el escenario actual en

Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 1561-1591.

⁵⁴³ Cf. BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁵⁴⁴ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, op. cit.

⁵⁴⁵ BELADIEZ ROJO, Margarita, op. cit., p. 99.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pp. 133-134.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 100.

⁵⁴⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, op. cit., p. 247.

⁵⁴⁹ Los puntos que desarrolla el autor son mayores en número e intensidad, sin embargo, su análisis excede las intenciones del presente trabajo.

⁵⁵⁰ “A nadie se le escapa que este panorama (el actual) ya no sólo anuncia ‘una parcial deconstrucción’ de la teoría de la imputación objetiva, sino que constituye un verdadero escenario apocalíptico para esta

el que se encuentra, o que la tildan de superflua, o que incluso sostienen que “dada la presión a la que viene siendo sometida en sus mismos fundamentos por una fuerte y creciente corriente crítica, resta incluso por ver si la teoría de la imputación objetiva será capaz, en su formulación actual, de mantenerse en pie a largo plazo”⁵⁵¹, voces escépticas que se escuchan hoy y que son un eco de reflexiones hechas años atrás⁵⁵².

Estas críticas, que no se circunscriben al derecho penal, sino que avanzan a otros campos más generales como el jurídico-filosófico, son muy conclusivas cuando señalan que “[...] deberíamos abandonar el análisis de la realización del riesgo, de cabo a rabo. Introducido hace más de un siglo como la alternativa iluminada a las vetustas teorías de la causalidad próxima, una vez examinado con cuidado se advierte que no es, en absoluto, una alternativa.”⁵⁵³

Desde la doctrina civil española se han encendido también las alertas y se ha llamado a salir del “automatismo acrítico”⁵⁵⁴ con el que se pretendió acoger la teoría de la imputación objetiva, pues esta teoría, que buscaba limitar los excesos de la causalidad material, termina por adelantar el juicio de culpabilidad al momento donde se está decidiendo la imputación objetiva, que es, por definición, un momento anterior al de la imputación subjetiva, último donde finalmente se debe determinar si en la conducta del potencial responsable ha existido culpa o negligencia, lo que al final supone duplicar de manera innecesaria el análisis de los elementos de la responsabilidad.

“en definitiva, si se examinan, tanto en el plano conceptual como en el de la aplicación práctica del Derecho, los distintos criterios de imputación objetiva se comprueba que, en el fondo, en todos ellos la exclusión de la imputación se hace por causas relacionadas con lo que, en la doctrina clásica, constituiría parte del examen de la diligencia del pretendido responsable.”⁵⁵⁵

teoría. Así las cosas, que en el futuro la teoría de la imputación objetiva sea una mera reliquia, una institución superada, es algo que hoy por hoy no puede afirmarse con seguridad, pero tampoco ya desmentirse rotundamente. Sí tengo la profunda convicción, en cambio, de que la evolución que va a sufrir la hará en gran medida irreconocible, cosa que para algunos será la prueba de su superación y para otros, en cambio, de su pervivencia”. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La teoría de la imputación objetiva: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro. Estudio introductorio*, en: Frisch, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado, desarrollo, fundamento y cuestiones abiertas*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 17-40.

⁵⁵¹ FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado, desarrollo, fundamento y cuestiones abiertas*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 106.

⁵⁵² Cf. DONNA, Edgardo, *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1997, p. 37, quien señaló la imposibilidad de exigir para la teoría de la imputación objetiva el carácter de teoría globalizadora.

⁵⁵³ MOORE, Michael S., op. cit., p. 304.

⁵⁵⁴ PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 14.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 109.

En términos similares se pronuncia GARCÍA-RIPOLL, para quien “a nuestro entender, la teoría de la imputación objetiva adelanta el análisis de los criterios que determinan cuándo un acto es ilícito o no, para volver a repetirlos cuando estudia el comportamiento doloso o negligente, con lo que, en definitiva, confunde más que otra cosa”⁵⁵⁶.

Se responde porque se ha dañado, en eso desemboca un análisis de imputación objetiva que no lleve atado el estudio de la conducta, que no se interese por el comportamiento del agente productor del daño, como debe ocurrir, y en efecto ocurre, en regímenes de responsabilidad objetiva global como el español, y en casos particulares donde lo que se analicen sean daños producidos en regímenes objetivos de responsabilidad, como el daño especial y el riesgo excepcional, para el caso colombiano.

Se había anunciado ya, desde propia la doctrina especializada, que la principal barrera a la que se enfrentan quienes pretenden la adopción de la imputación objetiva es que:

“el ámbito en el que mayor desarrollo ha experimentado la teoría de la imputación objetiva, el Derecho penal, posee un fundamento y una función completamente distintos de los del Derecho administrativo de la responsabilidad; se articula, además, como un sistema típico, y no ya en torno a una cláusula general; y sobre todo, está esencialmente vinculado a la idea de culpa, a diferencia de la responsabilidad administrativa española.”⁵⁵⁷

Si, de la mano de JAKOBS, concluimos que para efectos de analizar la conducta que crea el riesgo debe entenderse que “deja de estar permitido aquel comportamiento que el Derecho mismo define como no permitido”⁵⁵⁸, el problema del carácter objetivo y de la falta de tipicidad en la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública resultan obstáculos insalvables a los efectos de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva. Lo no permitido por el derecho a efectos de responsabilidad civil extracontractual sería el daño mismo (no ya una conducta típica) y es esto lo que nos lleva a sostener que por este camino se llega a que quien responde lo hace porque su conducta ha producido un daño, o si se quiere (planteado de modo más extenso en tono de imputación objetiva), porque su conducta ha producido un riesgo que se ha materializado en el daño. La conducta no permitida a efectos de responsabilidad sería el

⁵⁵⁶ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 205.

⁵⁵⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, op. cit., p. 246.

⁵⁵⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 44.

daño mismo, decíamos, y esto, en nuestra opinión, no soluciona los problemas a los que se alude para justificar la adopción de la imputación objetiva, no soluciona los problemas relativos a la causalidad, ni soluciona los problemas relativos a la actual preocupación doctrinal (particularmente de la doctrina española) sobre la excesiva amplitud del sistema de responsabilidad pública⁵⁵⁹. Opinamos entonces que en el Derecho Administrativo debe adaptarse de tal manera la teoría de la imputación objetiva, que se desnaturaliza y cambia por completo de significado.

Un intento de ajuste para superar los problemas conceptuales que acaban de presentarse podría intentarse de la mano del principio del *alterum non laedere*⁵⁶⁰, que sería la norma de fundamento del sistema (con independencia de su consagración positiva), que se estaría quebrantando cada vez que se realice un análisis de riesgo en la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública; esto es, el desvalor, la protección objeto de la norma, la conducta que el derecho pretendía evitar coincide con la prohibición de dañar a otro, sin embargo, incluso si se parte de este principio general para tratar de superar el problema de la tipicidad, el resultado sería el mismo, se responde porque se ha dañado, o lo que es lo mismo, se responde porque se ha creado un riesgo que en efecto se realizó en el daño que se estudia. Al final, en nuestra opinión, la teoría de la imputación objetiva cuando se adopta en la responsabilidad patrimonial de la Administración (en especial desde el análisis del concepto de la creación de un riesgo desaprobado), termina por desarrollar, a partir de un atractivo juego de palabras, el análisis del daño antijurídico⁵⁶¹ de la misma manera que se viene realizando (en

⁵⁵⁹ Para GIL BOTERO “(...) como quiera que en materia de responsabilidad patrimonial no se parte de la tipicidad de la conducta del agente (principio de legalidad de la sanción) es probable que no exista precepto que permita referenciar de manera objetiva si el comportamiento se imbrica o no dentro del precepto legal que ampare determinado bien jurídico (siendo ello así) cualquier análisis que se haga en relación con la vulneración de un parámetro normativo está íntimamente ligado a la noción de culpa o falla del servicio y, por lo tanto, desborda los límites de la imputación objetiva. En conclusión, se trata de un instrumento que tiene operatividad desde el plano penal, pero que en el derecho de la responsabilidad no deviene aplicable, pues se corre el riesgo de invadir la esfera de la imputación subjetiva”, GIL BOTERO, Enrique, “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 492. No obstante, a pesar de esta barrera puesta en evidencia de manera palmaria, el propio autor considera, a modo de conclusión, que la teoría de la imputación objetiva resulta “pertinente” para solucionar algunos los problemas en sede de responsabilidad patrimonial.

⁵⁶⁰ Para profundizar en esta discusión véase GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 271.

⁵⁶¹ En la concepción de BELADIEZ ROJO, Margarita el concepto de daño antijurídico, que precisa que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el

particular cuando no se observa la conducta del agente), se responde por haber creado un riesgo que se realizó en el resultado dañino que se analiza⁵⁶².

Finalmente, vale la pena recordar que “la imputación objetiva lleva la ilicitud de la conducta (mediante dolo o negligencia) sellada en la frente”⁵⁶³, lo que hace que los criterios de imputación objetiva estén cargados de culpabilidad. Si ello es así, es fácil estar de acuerdo con PEÑA cuando sostiene que:

“el último lugar apropiado para aplicar dicha doctrina será un régimen de responsabilidad en el que lo que se pretende es excluir la culpa o negligencia del modo de atribución de responsabilidad [...] los criterios de imputación objetivos no se deben emplear en los regímenes de responsabilidad objetiva, salvo que se quiera reintroducir a la culpa dentro de su esquema de presupuestos bajo un nuevo nombre.”⁵⁶⁴

El que, en nuestra opinión, sea de utilidad restringida el importar la doctrina de la imputación objetiva del Derecho Penal al derecho de la responsabilidad civil de la Administración Pública no significa, en absoluto, que aquella no constituya una valiosa e interesante construcción jurídica. Lo que sí que creemos es que no resuelve, en regímenes donde el foco de atención no es la conducta del agente causante del daño, sino la posición de la víctima (posición que una doctrina mayoritaria entiende en los regímenes donde es el daño antijurídico el centro de la problemática), el problema al que tanto apunta. La principal aportación doctrinal de la imputación objetiva, que existe sin duda, está dada en el evidenciar los problemas de la causalidad, creemos que en esto radica su principal aporte al derecho de la responsabilidad pública; la reingeniería total de la institución de la responsabilidad para tratar de aplicar los criterios de la teoría en sede de imputación objetiva, por otra parte, no parece justificada cuando se observa el resultado final.

La anterior es una reflexión que creemos significativa cuando se ha empezado a hacer uso del concepto de imputación objetiva para solucionar problemas en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento colombiano. La jurisdicción contenciosa ha acudido a la teoría, aunque lo ha hecho de manera un tanto

deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”, debe completarse con la concepción de un daño antijurídico entendido, también, como “todos aquellos que puedan ser objetivamente imputables al sujeto que los ha causado”, p. 134. Son dos los requisitos de la antijuridicidad del daño en esta construcción: que no se tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo a la ley y que sea objetivamente imputable.

⁵⁶² Se observa así porque se ha llegado a afirmar que la imputación objetiva es “impotente para limitar la responsabilidad de las Administraciones”, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, op. cit., p. 219.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 217.

⁵⁶⁴ PEÑA LOPEZ, Fernando, op. cit., pp. 123 y 143.

desarticulada, en especial para evidenciar la problemática de llegar a la causalidad como un concepto jurídico, lo que no ha sido óbice para que se mencione, a su vez, el concepto de riesgo, aunque esto no se haga para realizar un juicio de imputación objetiva⁵⁶⁵.

El riesgo de duplicidad en el análisis de la conducta del agente, del que alerta la doctrina civil española, puede verse concretado en una jurisprudencia administrativa colombiana que acude a la omisión para tratar de eliminar las consecuencias indeseadas de la causalidad material. En sede de imputación objetiva, cuando se analiza la omisión, se hace para desechar la causalidad fáctica, sin embargo, luego se vuelve a acudir a ella en un momento posterior del análisis de los elementos desencadenantes de la responsabilidad para apuntalar la responsabilidad del Estado con base en una imputación subjetiva (por falla del servicio), pues el Estado ha incumplido los deberes normativos de seguridad y protección, es decir, acude a la omisión, primero para sustentar la procedencia de la imputación objetiva y luego para desarrollar el análisis de la conducta culposa o negligente del agente, dado que quien omitió tenía el deber jurídico de evitar el resultado en observancia de su posición de garante. Este riesgo concretado nos lleva a recordar, con ÁLVAREZ OLALLA, que “el juicio de reproche se debe realizar, desde luego, pero basta con hacerlo una vez, no dos.”⁵⁶⁶

La causalidad seguirá siendo uno de esos temas desesperantes para los juristas, no creo que se solucionen de manera definitiva ni por la vía de la concepción bifronte de la causalidad material y la jurídica, ni por el camino de la imputación objetiva del resultado, pues lo que en el fondo hay es una imposibilidad real de conocer, siempre y a ciencia cierta, las razones que han generado un daño. Es precisamente por esa limitación que hemos construido tesis normativas sobre la causalidad (y de alguna u otra manera la imputación objetiva obedece a esta lógica), pero estas construcciones normativas, que si bien buscan resultados más satisfactorios y, mejor aún, resultados más justos, no son más que una evidencia de nuestra imposibilidad actual de conocer, en toda su extensión, la causalidad.

⁵⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de julio de 2015, exp. 50.154.

⁵⁶⁶ ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, “Imputación objetiva y causalidad jurídica versus criterios de imputación subjetiva”, en: *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, diciembre de 2012, p. 103.

II. La incertidumbre causal y la responsabilidad civil

En las consideraciones sobre la pérdida de oportunidad como un elemento que termina por afectar al monto indemnizatorio y, por esa vía, a la reparación integral del daño, tuvimos la oportunidad de observar cómo parte de la doctrina se aproxima a esta teoría a partir del estudio de la causalidad. El dar cabida a esta teoría que se presenta como justa no deja invariable la estructura tradicional de la responsabilidad, por el contrario “los casos de pérdida de oportunidad son, pues, problemáticos o anómalos porque, al encararse, surge la discordancia entre la solución que aporta el modelo tradicional (no hay derecho a indemnización) y la que, según el sentir general, debería proporcionarse (hay derecho a indemnización)”⁵⁶⁷. Leída desde esta perspectiva, la teoría de la pérdida de oportunidad muestra una “radical incompatibilidad” con la teoría jurídica tradicional de la causalidad.

La incertidumbre causal ya no puede seguir siendo considerada como un elemento que lleve a excluir el deber de indemnizar, por el contrario, una propuesta como la teoría de la chance “se trata de un *régimen especial de imputación probabilística* que da entrada a la idea de una causalidad meramente posible”⁵⁶⁸.

Con todas sus letras y sin eufemismos, como una respuesta a quienes sostienen que la oportunidad perdida es un daño autónomo, una entidad patrimonial que, por hacer parte del patrimonio de la víctima antes del daño, desencadena el derecho a su resarcimiento, se responde que:

“la teoría de la *chance* pretende así asegurar una indemnización en supuestos en que se desconoce si el agente dañoso causó el daño. Es, pues, una doctrina que habilita un resarcimiento cuando faltan las informaciones y pruebas con que podría asegurarse que, sin el hecho ilícito, el daño habría dejado de producirse o que habría tenido lugar en cualquier caso.”⁵⁶⁹

Para MEDINA, el que a la pérdida de oportunidad se la trate como un tipo de daño *sui generis*, como un daño en sí mismo, es el resultado del esfuerzo teórico de una doctrina que, movida por lo que considera justo, trata de ensamblar dentro del sistema tradicional “una tutela resarcitoria en hipótesis en que la causalidad resulta indemostrable, y han

⁵⁶⁷ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, op. cit., p. 49.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 96.

considerado que la *cosificación* de la oportunidad perdida es la solución, aunque constituya una pura ficción de la que son perfectamente conscientes.”⁵⁷⁰

Al final lo que se sostiene es que la pérdida de oportunidad, más que un bien o daño patrimonial autónomo que se indemniza, es una respuesta a un problema donde la información disponible en el proceso resulta insuficiente para resolver a ciencia cierta un juicio de causalidad, pero donde esta misma información apunta a una *probabilidad* (determinada de manera diferente por cada ordenamiento) de que el hecho que se estudia incidió en la producción del daño. Visto desde esta perspectiva, que resulta en extremo convincente, no queda más que conceder que la causalidad no es un problema de “todo o nada”, sino una probabilidad más o menos determinada.

La llamada *responsabilidad por cuota de mercado (market share liability)* es otro vivo ejemplo de una responsabilidad que se decreta ante la incertidumbre causal. Si bien es una teoría que ha tenido, en realidad, una aplicación restringida, incluso en el ordenamiento jurídico estadounidense donde vio la luz⁵⁷¹, constituye sin duda un interesante planteamiento en términos causales. Es un caso donde, una vez más, la falta de información disponible impide determinar el grado de participación causal en la producción de un daño que está acreditado, pero donde, a su vez, existe un criterio que permite, en lugar de negar la reparación, darle salida a esta incertidumbre causal, criterio determinado por la participación que diversas compañías tienen en un mercado donde han puesto a disponibilidad del consumidor, en este caso, un medicamento que resulta dañino. En este tipo particular de responsabilidad la perspectiva varía con relación a la pérdida de oportunidad pues el daño sí se indemniza plenamente, solo que los responsables no responden por la totalidad del daño sino por el volumen de su participación en el mercado.

La pérdida de oportunidad y la responsabilidad por cuota de mercado “tienen el denominador común de que justifican la reparación proporcional en ausencia de prueba patente del nexo de causalidad”⁵⁷², lo que reflejan en el fondo son “cuotas de incertidumbre”. Por este camino la probabilidad, más que la certeza, ha terminado por constituirse en un factor determinante de la responsabilidad.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 376.

⁵⁷¹ Tuvo origen en el conocido caso *Sindell v. Abbott Laboratories* de 1980, donde se decidió la indemnización de los daños ocasionados a las hijas de madres que consumieron un medicamento (DES) cuyo objeto era el prevenir que se produjera un aborto involuntario.

⁵⁷² MEDINA ALCOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *op. cit.*, p.65.

Que la responsabilidad de la Administración pueda presentarse ante la existencia de *cuotas de incertidumbre causal* es una situación que, de aceptarse, en todo caso es radicalmente diferente a que la responsabilidad pueda tener cabida cuando, con toda seguridad, la Administración no es el actor que ha producido el daño. Así, cuando la participación de una entidad pública es inexistente y no explica el origen del perjuicio, la lógica varía sustancialmente, por ello, una propuesta que se pronuncie a favor de la responsabilidad sin hecho, que propenda por una responsabilidad sin causa de la Administración, es una teoría que merece ser contrastada.

III. ¿Responsabilidad administrativa sin causa? Una propuesta

Desde la doctrina administrativa francesa se ha propuesto y avanzado sobre la procedencia de una responsabilidad patrimonial administrativa sin hecho (*sans fait*). TRUCHET cree tener la paternidad de este concepto al haber contemplado en la primera edición de su Manual de Derecho Administrativo⁵⁷³, allende la responsabilidad por culpa y sin culpa, una indemnización que realiza la Administración a víctimas de daños que no ha causado: la responsabilidad sin hecho (RSH).

Antes de la publicación del manual, años atrás era evidente la inquietud del autor sobre un nuevo esquema de responsabilidad pública donde el hecho generador deviene relativamente indiferente.

“Nos deslizamos de una responsabilidad sin culpa hacia una *responsabilidad sin hecho* de la persona pública. Ningún hecho material, ninguna consideración jurídica explica que el daño le sea imputable. Sin embargo la ley impone a esta persona pública, o a una persona especial que ella crea y controla, el asumir: calamidades agrícolas, catástrofes naturales, contaminación transfusional del virus del Sida [...]”⁵⁷⁴

Desde esta propuesta se sostiene que la rápida evolución de la institución de la responsabilidad ha hecho que se alargue la definición del concepto de daño reparable y que se flexibilice el concepto de imputabilidad. Y es precisamente por la flexibilización de este último elemento que se permitiría que el ser responsable no sea ya solamente el asumir las consecuencias de sus actos o de las personas de las que se está a cargo, sino

⁵⁷³ Cf. TRUCHET, Didier, *Droit administratif*, 6ª ed., Presses Universitaires de France, París, 2015. (La primera edición de su obra es del año 2008).

⁵⁷⁴ TRUCHET, Didier, “Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer”, en: *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 29, enero-marzo de 1993, pp. 1-13.

también, en ciertos casos, asumir situaciones en las que no se tiene nada que ver con la producción del daño⁵⁷⁵.

Al acoger y desarrollar esta propuesta, LELEU presenta un ensayo de reestructuración de la responsabilidad pública apuntalada en la mencionada noción de RSH. Bajo esta categoría jurídica el autor pretende “agrupar los regímenes de responsabilidad pública en los que la víctima está eximida de probar el hecho generador imputable al responsable”⁵⁷⁶. Si bien a primera vista esta responsabilidad parecería asimilarse con los citados ejemplos de incertidumbre causal, en realidad el autor sostiene que en la RSH la imputación de la responsabilidad es *no causal*.

A pesar de que el criterio de la RSH es el de eximir la prueba del hecho generador responsable, de inmediato el autor apunta que “bajo esta apariencia anodina, una simple cuestión de prueba, **este criterio cambia todo porque la imputación es independiente del rol causal del responsable** en la supervención del daño”⁵⁷⁷. (énfasis añadido)

Dentro de esta clasificación de la RSH se encuentran regímenes legislativos que en el ordenamiento jurídico francés permiten un traslado patrimonial, un reconocimiento económico que hace la Administración a quien se ha visto afectado por una serie de sucesos diversos, que tienen en común el que el daño no sea el resultado del actuar administrativo. Ejemplos de estos regímenes lo constituyen los daños derivados de la guerra (concebidos en legislaciones adoptadas al final de las dos grandes guerras mundiales), daños consecutivos a una vacunación obligatoria, víctimas de actos de terrorismo, víctimas del VIH y de hepatitis por la transfusión de productos sanguíneos, víctimas del amianto (asbesto), accidentes médicos con consecuencias anormales, accidentes médicos en caso de circunstancias excepcionales o medidas de urgencia, víctimas de infecciones nosocomiales graves, en total una veintena de regulaciones legales de variada índole.

Una particularidad que merece ser reseñada es el papel central que desempeñan los fondos públicos y en especial un establecimiento público creado en el año 2002 encargado de organizar los dispositivos de indemnización de los accidentes médicos. La

⁵⁷⁵ Ibid., p. 13.

⁵⁷⁶ LELEU, Thibaut, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 280, París, 2014, p. 39.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 62.

Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos (ONIAM)⁵⁷⁸, es la encargada de realizar, “a título de la solidaridad nacional”, los traslados patrimoniales a través de procedimientos diversos que responden al tipo de accidente médico sufrido.

Esta propuesta de adopción de una responsabilidad sin causa, sin hecho generador del responsable, pretende constituirse en una más de las múltiples transformaciones a las que está constantemente sometida la responsabilidad de la Administración. Sin embargo, creemos que con su propuesta se han sobrepasado los propios límites de la institución, por ello su estudio en detalle y su decidido rechazo, de la mano de otros límites que deben ser trazados, serán el objeto del siguiente apartado.

Hemos señalado antes que la primera batalla sobre los fundamentos de la responsabilidad, que enfrentó a la culpa y al riesgo, sigue hoy sin definirse. El riesgo nació cuando la culpa dejó de ser suficiente para explicar algunas indemnizaciones que se consideraban justas. Hoy, una nueva batalla que amenaza los fundamentos empieza a librarse, solo que en esta ocasión no se da porque sean insuficientes los conceptos para justificar traslados patrimoniales que se consideran justos, sino porque la responsabilidad explica (o por lo menos así lo pretenden algunos) demasiado. También es una batalla relativa a la necesidad de ampliación de la institución, pero en esta ocasión no se produce porque existan injusticias frente a algunas reparaciones, las razones de justicia no tienen la misma consideración que antaño, no tienen estas razones el importante peso y significación que tuvieron en la pasada e irresoluta batalla de la culpa vs. riesgo porque, tal y como tendremos la oportunidad de analizar a continuación, si se observa cuidadosamente, hay daños que hoy se enfrentan, que se reconocen y tratan de paliarse, por caminos e instituciones jurídicas diferentes. No todos los daños, entendidos estos en el estricto sentido de aminoraciones patrimoniales, se enfrentan de la misma manera. No todas las reacciones frente al daño se producen en sede de responsabilidad. Ha llegado el momento entonces de establecer los límites de la institución de la responsabilidad civil de la Administración Pública.

⁵⁷⁸ <http://www.oniam.fr/>

CAPÍTULO V. “EN DEHORS” DE LA RESPONSABILIDAD: LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS LÍMITES, UNA DELIMITACIÓN NEGATIVA A PARTIR DE SUS ELEMENTOS

La constante ampliación del instituto de la responsabilidad civil, de la que se ha dado extensa cuenta en el presente trabajo, su poca estabilidad y variación continua, son características de una lectura que puede ser mayoritariamente compartida por la doctrina especializada, la constante de la responsabilidad es sin duda el cambio. Las modificaciones en el instituto resarcitorio describen normalmente una tendencia creciente, mayor reconocimiento de derechos, de intereses legítimos, mayores perjuicios indemnizables, flexibilización de conceptos causales para permitir una mayor cobertura de la reparación; un crecimiento que bien puede ser leído como una nota de éxito o, por el contrario, como un camino que nos deja hoy frente a una responsabilidad administrativa que adolece de un excesivo alcance, generalidad y uniformidad⁵⁷⁹, una responsabilidad a la que se señala de padecer una crisis de crecimiento e identidad⁵⁸⁰.

Esta tendencia modificatoria es de nuestro particular interés pues a los actuales cambios que ha sufrido la responsabilidad administrativa se les adjudica la capacidad de afectar la función y el fundamento mismo de la institución⁵⁸¹. Quienes abogan por la adopción de tesis como la RSH están persuadidos de que, al igual que ocurrió en su momento con la escisión de la responsabilidad con y sin culpa, esta nueva reflexión “marcará un dato importante en la historia doctrinal de la responsabilidad”⁵⁸².

Con VINEY⁵⁸³, de lo que estamos convencidos es de que la responsabilidad ha perdido el monopolio de la indemnización, lo ha perdido, en especial, por la consagración legislativa de una serie de reconocimientos de carácter indemnizatorio, así, en la actualidad no todos los daños frente a los que reacciona la Administración obedecen al instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial, “la responsabilidad no es hoy más la

⁵⁷⁹ Términos que, tal y como lo hemos vistos, son desarrollados por MIR para dar cuenta de las consecuencias de la normatividad vigente en el ordenamiento administrativo español, MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 39.

⁵⁸⁰ LELEU, Thibaut, op. cit., pp. 3-12.

⁵⁸¹ Así lo sostiene TRUCHET, Didier, “La evolución reciente de la responsabilidad administrativa en el derecho francés”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 323.

⁵⁸² TRUCHET, Didier, prólogo a LELEU, Thibaut, op. cit., p. VI.

⁵⁸³ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 57; ver también *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 53, París, 1965.

fuente exclusiva de la noción de reparación del daño”⁵⁸⁴. El que cada vez se produzcan más trabajos que se refieren de un modo genérico al derecho de daños y menos a la propia responsabilidad patrimonial, es solo una muestra de una relación de género y especie que resultará útil para la delimitación que acá se pretende.

I. La reparación del daño causado - la lesión atribuible y la solidaridad: a reparar lo que se ha dañado

Antaño la reparación del daño era materia exclusiva de la responsabilidad civil extracontractual, la entrada en escena de nuevos intervinientes, como los seguros, constituyó la manifestación de un primer suceso que llegó para agitar esta lógica. Por este camino de constante ampliación de la reacción frente al daño, en ordenamientos jurídicos como el francés y el español, en la actualidad coexisten una serie de regímenes legales⁵⁸⁵ que se suelen identificar con la garantía social y que permiten reaccionar patrimonialmente frente a daños que no se corresponden con la idea de responsabilidad civil, que tienen principios y fundamentos diferentes a los de la *responsabilidad clásica*⁵⁸⁶.

La metamorfosis que ha sufrido la responsabilidad quedó magistralmente retratada por SAVATIER, para quien, si antes tomásemos un siniestro cualquiera que no tuviera por causa la culpa de otro, debía este quedar a cargo de la víctima, “el destino escogía libremente su víctima”, pero si supusiéramos que el mismo accidente llegara a ocurrir hoy (escribía en 1964), “ni la víctima, ni la opinión pública razonan de la misma manera. El sentimiento que los domina es que el siniestro ha roto un equilibrio jurídico y que la equidad exige la reparación”⁵⁸⁷.

El sentimiento público del que se da cuenta ha llevado a que lo que se consideraba como un fatal accidente, que debía quedar en el patrimonio del afectado, se mire ahora como una carga que debe ser enfrentada por la sociedad en su conjunto, lo que ubica a la Administración, como su representante, a la cabeza de una nueva lógica indemnizatoria.

⁵⁸⁴ SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, op. cit., p. 210.

⁵⁸⁵ Aunque en algunos casos son el resultado del actuar judicial.

⁵⁸⁶ PONTIER, Jean-Marie, prólogo a SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, op. cit., p. XII.

⁵⁸⁷ SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3ª ed., Dalloz, París, 1964, p. 333.

“La solidaridad nacional deviene, en casos de grandes cataclismos, el principio universal de una obligación de reparación, reconocida a cargo del Estado, independientemente de toda falta cometida por él”⁵⁸⁸. Por este camino el Estado se convierte en un “deudor supremo”, en el “deudor último”, por ello cuando ni el seguro ni la responsabilidad civil permiten encontrar un deudor “veremos a la víctima y al sentimiento público volverse hacia el Estado”⁵⁸⁹.

La naturaleza jurídica de este nuevo reconocimiento patrimonial es el núcleo duro, la pieza central de los desacuerdos que se ven reflejados en una doctrina que por un lado clama por el ensanchamiento de la responsabilidad patrimonial para acoger los nuevos daños, en oposición a otra doctrina (que puede ser catalogada de mayoritaria), que ve aquí el nacimiento de una lógica jurídica diferente, quizás de una nueva institución jurídica, de un nuevo capítulo del Derecho Administrativo que está en curso de escribirse⁵⁹⁰.

El que acá veamos o no un nuevo derecho subjetivo que tutela el resarcimiento de un daño, y que ese derecho subjetivo corresponda o no al instituto de la responsabilidad civil, que ese reconocimiento patrimonial se ejecute con el cobijo de la responsabilidad o que para ello debamos acudir a conceptos diferentes como la garantía social, es la pieza del acertijo en torno a la que, con toda seguridad, girarán un importante número de futuras reflexiones.

Para indicar nuestra posición (pues estamos convencidos de que es un debate que no debe eludirse) acudiremos a dos contextos históricos que han significado para la institución de la responsabilidad patrimonial el que tenga que tomar partido a favor o en contra del acoger para su abrigo daños cuyo origen no se pueden rastrear en el actuar de la Administración. Dos tiempos representativos que se produjeron en cortes diferentes del desarrollo de la institución, pero que tanto en el pasado (daños derivados de la guerra) como en épocas más recientes (daños derivados de la transfusión de productos sanguíneos), han suscitado una reflexión sobre los límites de la responsabilidad administrativa.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 342.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 343.

⁵⁹⁰ Cf. PONTIER, Jean-Marie, “Sida, de la responsabilité à la garantie sociale”, en: *Revue française de droit administratif*, mayo-junio de 1992, pp. 533-545.

A. Los daños derivados de la guerra

Los daños derivados de las diversas guerras que han tenido lugar en el Antiguo Continente originaron una diversidad de tratamientos legislativos que establecieron una serie de reconocimientos patrimoniales. El final de las grandes guerras constituyó una significativa oportunidad para que los cuerpos de representación popular decidieran cómo afrontar la multiplicidad de daños ocasionados; ahora bien, de la mano de la doctrina francesa se puede rastrear un antecedente de un reconocimiento que precedió al instituto mismo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos referimos a la ley francesa del 11 de agosto de 1792 “relativa a las indemnizaciones a otorgar a los ciudadanos que hayan perdido en el curso de la guerra todo o parte de sus propiedades”. Desde entonces se discutía si se trataba de un derecho de la víctima y un deber del Estado, o de un acto de beneficencia y generosidad⁵⁹¹. En una época todavía muy embrionaria de las diversas instituciones jurídicas, los menoscabos sufridos y su reconocimiento no permitían una delimitación clara entre un intento de devolución de aportes patrimoniales hechos para sufragar los gastos de la guerra y los daños a la vida, la fortuna y en general la propiedad de las personas, como elementos de reconocimiento indemnizatorio. Lo que quedó anotado desde entonces, merece hoy ser replicado, pues se señaló que la ley “quería dar a las naciones extranjeras el primer ejemplo de la fraternidad que une a los ciudadanos de un pueblo libre, y que pone en común a todos los individuos de un cuerpo social el daño causado a uno de sus miembros”⁵⁹². Una nota de solidaridad (cuyo extenso tratamiento en el derecho francés hemos ya avanzado en el título I), que ha regido desde entonces y que está en la base de la reacción en este tipo particular de daños.

Las leyes de 17 de abril de 1919 y de 28 de octubre de 1946, reguladoras de hechos provenientes de la Primera y Segunda Guerra Mundial, hicieron luego su arribo. En un momento en el que la gran mayoría de daños fueron producto del actuar del “enemigo”, el Estado se vio en la dicotomía de pedirle al propio contrincante la reparación de los daños (idea que no se descartaba del todo⁵⁹³), al tiempo que debía enfrentar él mismo los diversos perjuicios de ciudadanos que habían acudido a la defensa de su Nación. Sobre

⁵⁹¹ Cf. SOULIER, Gérard, “Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique”, en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger*, 1969, pp. 1044 y ss.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 1045.

⁵⁹³ Cf. D'ARGENT, Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bruselas, 2002.

la naturaleza de estos reconocimientos, años después BERLIA se preguntaba si “¿la legislación sobre los daños de guerra, por ejemplo, no es otra cosa que la asunción por la colectividad de daños resultantes de un caso de fuerza mayor?”⁵⁹⁴. En un sentido similar, una parte de la doctrina francesa encuentra una nota homogénea entre estos daños derivados de la guerra y otros tipos con los que parece compartir rasgos característicos:

“Si la indemnización de un perjuicio encuentra naturalmente su fuente en el reconocimiento de una responsabilidad, incluso sin culpa, hay también hipótesis donde la indemnización existe también aunque no podamos hablar de responsabilidad. Hasta ahora, es el caso de la indemnización de daños de guerra, de daños resultantes de calamidades naturales, de atentados terroristas, en fin, de daños resultantes de una contaminación por el virus de inmunodeficiencia humana resultado de una transfusión sanguínea o de productos derivados de la sangre.”⁵⁹⁵

B. Los daños derivados de la transfusión de productos sanguíneos

Una segunda gran oleada de menoscabos ajenos, en todo o en parte, al actuar administrativo, ha tenido origen en el sector sanitario, daños que llevaron a retomar una discusión que no resultaba del todo ajena a la institución de la responsabilidad, y que recordaba al tratamiento de los daños derivados de las guerras.

Luego del descubrimiento del sistema circulatorio, de los tipos sanguíneos, del Rh, las formas de conservación y otras nociones que permitieron refinar la técnica médica, las transfusiones de sangre y de otros productos sanguíneos derivados se convirtieron en un recurso al que se acude ampliamente en la práctica sanitaria. Hoy conocemos que la transfusión sanguínea puede terminar acarreado la infección en el receptor de virus y bacterias como el VIH/sida y algunos tipos de hepatitis, por ello en la actualidad la sangre donada se somete a pruebas de laboratorio para detectar y prevenir estos contagios. Ello no siempre fue así, a la ciencia médica le tomó tiempo detectar que la presencia de los referidos virus y bacterias tenían, en ocasiones, origen en una transfusión sanguínea. Una multiplicidad de casos se presentaron, en consecuencia, en zonas variadas del mundo, pues solo hasta la década de los 80 se logró aislar el virus del sida y empezar a tener claridad sobre una enfermedad que podía ser adquirida por transfusiones.

⁵⁹⁴ BERLIA, George, “Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français”, op. cit., p. 695.

⁵⁹⁵ PHILIPP, Dominique, “De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques”, en: *Revue de Droit Publique*, núm. 2, marzo-abril de 1999, pp. 623.

Una persona que ingresaba a un hospital porque se había roto una pierna, a la que se le realiza una transfusión sanguínea, termina infectada por un virus con una mortalidad considerable, lo trágico de la situación pareciera suscitar una tendencia en términos de justicia para que el afectado pueda contar con la posibilidad de acudir en búsqueda de la reparación de un daño semejante, no obstante, por algún tiempo, estos casos de transfusión de sangre parecían ajustarse más a un caso de fuerza mayor, dado el absoluto desconocimiento de su origen. En lo que concierne a la responsabilidad relativa a la contaminación del virus del sida, en Francia pueden encontrarse casos en los que se reparó el daño en diversos regímenes, o bien se ajustaba a una responsabilidad por culpa, o bien a una responsabilidad objetiva⁵⁹⁶, a lo que se suman algunos casos donde la indemnización fue excluida.

Luego de un tratamiento jurisprudencial heterogéneo, en el año de 1991 Francia adoptó la Ley 91-1406 de 31 de diciembre, para la indemnización de víctimas contaminadas por el Sida por una transfusión sanguínea⁵⁹⁷. Mientras que para los partidarios de la llamada RSH esta ley llega para engrosar los regímenes legislativos de responsabilidad, para otra parte de la doctrina autorizada, “la ley sobre el Sida permite contemplar una indemnización disociada de la responsabilidad”⁵⁹⁸. Si la indemnización puede separarse de la responsabilidad, se propone, a su vez, reservar, desde un punto de vista terminológico, la noción de *reparación* para los casos de responsabilidad y el de *indemnización* al pago de una suma fuera de sus hipótesis.

El que la ley para la indemnización de víctimas de Sida por transfusiones sanguíneas, así como otros regímenes legislativos que contemplan diferentes tipologías de indemnizaciones, puedan ser tenidos como tipos particulares de la responsabilidad administrativa constituye, un significativo debate doctrinal que en el ordenamiento francés tiene connotaciones especiales que proceden de la consagración constitucional del concepto de *solidaridad*, por ello creemos importante referir a continuación algunas notas representativas de las diversas posiciones doctrinales sobre los llamados regímenes de indemnización. Antes, sin embargo, debe recordarse que hoy tenemos a disposición herramientas más refinadas para enfrentar este tipo de problemáticas; en

⁵⁹⁶ PONTIER, Jean-Marie, op. cit., pp. 536 y ss.

⁵⁹⁷ En España ello ocurrió con la adopción del Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 534.

particular el *principio de precaución* permitiría atribuir a futuro una eventual responsabilidad por su inexplicable inobservancia. “El principio de precaución podría, además, renovar el esquema de la responsabilidad tal y como lo conocemos actualmente, reforzando la noción de ‘culpa’, que tendría que ser interpretada de forma más amplia, pues la precaución actuaría como un amplificador de la misma”⁵⁹⁹. Es verdad que a futuro este principio no podrá estar ausente en las reflexiones sobre la institución indemnizatoria, pero es verdad, también que, dado que el estándar de precaución requiere algún conocimiento previo, aunque no esté totalmente identificado el verdadero potencial dañino, allí donde no exista siquiera la sospecha de que una actividad pudiese producir un daño, seguirá existiendo un poderoso límite para predicar la responsabilidad administrativa.

C. Los regímenes y los fondos de indemnización en el derecho francés

El tratamiento de los regímenes legislativos como especies de la responsabilidad patrimonial pública es una lectura que ha sido abordada desde la doctrina filosófica⁶⁰⁰, que ha generado, a su vez, partidarios⁶⁰¹ y detractores⁶⁰².

BRÉCHON-MOULÈNES, tras estudiar en detalle los diferentes regímenes consagrados hacia los años 70, termina por adoptar una noción extensa de responsabilidad para que puedan tener cabida los distintos regímenes legislativos. Desde esta posición, los regímenes legislativos están considerados como todos aquellos regímenes que implican el pago de una suma de dinero en compensación al advenimiento de un daño. En esta responsabilidad en sentido amplio se encuentran los regímenes de responsabilidad propiamente dichos y los regímenes de reparación, últimos donde la actividad de la Administración puede no ser directamente la causa, pero donde la Administración acepta asumir la carga⁶⁰³.

⁵⁹⁹ TRONCOSO, María Isabel, “El principio de precaución y la responsabilidad civil”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 18, 2010, p. 217.

⁶⁰⁰ Cf. HUSSON, Léon, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Presses universitaires de France, París, 1947.

⁶⁰¹ Cf. BRÉCHON-MOULÈNES, Christine, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 112, París, 1974.

⁶⁰² Cf. FRANK, Alexis, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, L'Harmattan, París, 2008; LOCHAK, Danièle, “Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation”, en: Lochak, Danièle, et al., *Le droit administrative en mutation*, Presses Universitaires de France, París, 1993, pp. 275-316.

⁶⁰³ BRÉCHON-MOULÈNES, Christine, op. cit., pp. 10 y 11.

Al enunciar algunos casos particulares de los regímenes en estudio, se pone de presente un elemento central, esto es, que “el problema de la causalidad del daño pierde todo interés. Solo cuenta el daño mismo.”⁶⁰⁴

La fuente de esta particular inestabilidad está en el legislador que, sin preocuparse mucho por la coherencia del derecho, entra a regular situaciones particulares, ante la presencia de un daño que considera debe ser objeto de algún reconocimiento económico, las heterogéneas intervenciones legislativas, que tienen por demás lugar en momentos diferentes, terminan por construir una sucesión de disposiciones frente a las que es difícil predicar algún grado de homogeneidad.

FRANK, desde una orilla contraria, afirma que los fondos de indemnización (que tienen a cargo el pago de los reconocimientos económicos) constituyen una alternativa a la responsabilidad para operar en reductos donde ella no puede llegar, se activan cuando el derecho de la responsabilidad civil es ineficaz o insuficiente. “Los regímenes especiales de compensación no pueden, sin embargo, ser confundidos con el derecho de la responsabilidad administrativa. Los principios apelados por estos mecanismos para acordar una indemnización parecen efectivamente dissociarse absolutamente de la responsabilidad y de la imputación de un hecho dañino a una persona determinada.”⁶⁰⁵

De la mano de la diferenciación de la responsabilidad y los regímenes de indemnización, lo que ha hecho este autor es empezar a desarrollar las bases para la construcción de un derecho alternativo como remedio eficaz para enfrentar los límites de la responsabilidad administrativa.

Desde esta construcción, los regímenes tienen una “relación ambigua con el contencioso de indemnización pública”. Mientras que para obtener una reparación en sede judicial la víctima deberá siempre identificar el autor del daño, los diferentes fondos autorizan una compensación cuando el responsable es “desconocido, insolvente o inexistente”, por ello “indemnizan el advenimiento de ciertos riesgos sociales y naturales sin relación con la actividad pública”⁶⁰⁶. Los fondos se encargan de la indemnización sin “ser jamás los autores del daño”, del organismo pagador financiado por todos se distingue el del patrimonio individual del autor del daño⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 134.

⁶⁰⁵ FRANK, Alexis, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 126.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, pp. 31 y 96.

“El principio mismo de un fondo de indemnización es el de constituir un patrimonio sobre el que vendrá a ser imputado un daño del cual la causa le es absolutamente extraña. El mecanismo autoriza entonces la distinción total entre la relación causal de una parte y la imputabilidad de otra. Esta separación es esencial porque permite a ciertas víctimas obtener una indemnización delante de los fondos allí donde no la obtendrían delante de un juez.”⁶⁰⁸

La reparación a través de los fondos de indemnización muestra la voluntad del legislador de reaccionar frente a algunos daños, no todos ellos, donde criterios como su gravedad, el número de víctimas afectadas o la opinión pública, son factores de decisión en el proceso legislativo de configuración de los regímenes de indemnización.

Al final, de forma clara este autor rechaza toda posibilidad de que se produzca una responsabilidad sin hecho, por ello, con FRANK, creemos que cuando el perjuicio no puede ser vinculado a la actividad administrativa, ninguna responsabilidad puede originarse.

Las diferencias conceptuales que quedan expresadas dan cuenta de cómo “los regímenes legislativos son a la vez factores de progresión y estancamiento del derecho”⁶⁰⁹. El análisis de los traslados patrimoniales originados por fondos de compensación es, en todo caso, en palabras de quienes participan en la discusión, una oportunidad para volver sobre los fundamentos de la responsabilidad, delimitar sus propias bases y la de las instituciones jurídicas adyacentes.

D. La exclusión de los riesgos de desarrollo en el derecho español

La llamada exclusión de los riesgos de desarrollo, referida antes durante el estudio de la configuración constitucional de la responsabilidad de la Administración en el ordenamiento español⁶¹⁰, es el resultado de la modificación legislativa acogida por la Ley 4/1999⁶¹¹. Desde entonces se exceptuó la indemnización de daños que deriven de hechos que no se podían prever o evitar dado el estado de los conocimientos existentes en el momento de su producción, sin perjuicio de que la ley pueda establecer prestaciones asistenciales como una reacción frente a estos especiales casos.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁰⁹ BRÉCHON-MOULÈNES, Christine, *op. cit.*, p. 494.

⁶¹⁰ Cf. *Supra*, t. I, cap. V.

⁶¹¹ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La adopción del precepto, que vino motivada por los casos de contaminación por transfusión del virus del Sida en España⁶¹², suscitó en su momento una diversidad de posturas que en un continuo se sitúan desde su aceptación, hasta su señalamiento de inconstitucionalidad.

Las posiciones doctrinales son, decimos, diversas. Para LÓPEZ MENUDO la institución de la responsabilidad administrativa no tiene por qué ser “estirada” hasta el extremo de terminar albergando supuestos que no le pertenecen⁶¹³. De la mano de este autor se acude a un significativo debate teórico sobre la naturaleza jurídica de la exclusión que realiza la ley, ¿se ubica esta acaso en la nota de la antijuridicidad del daño, o, como parece sugerirlo de manera contraria la exposición de motivos, es una lógica que se corresponde con la categoría de la fuerza mayor?

Para MIR, por su parte, la modificación legal no altera significativamente el alcance de la responsabilidad de la Administración, esto pues el parámetro en el que se basa es muy amplio, por lo que permite excluir muy pocos supuestos⁶¹⁴. Desde esta posición, la modificación legal se trata de un “título de no-imputación del daño a la Administración”, una situación que permite excluir o negar la imputación. Además, y en esto sigue la posición del dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de la Ley 4 de 1999, las prestaciones asistenciales o económicas a las que se refiere la normativa no están fundamentadas en la institución de la responsabilidad, donde operaría un principio de reparación integral, sino en otra institución, “estas ayudas eventualmente previstas por el legislador carecen de naturaleza indemnizatoria, y son fruto de la solidaridad social [...]”⁶¹⁵

Desde la mirada de ESTEVE PARDO no resulta admisible que se le conceda a la Administración una “inmunidad general en lo relativo a los riesgos desconocidos”⁶¹⁶. Para el autor esta regulación plantea dudas sobre su constitucionalidad, en especial por el trato discriminatorio al que somete a las primeras víctimas que no recibirán

⁶¹² Cf. MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, op. cit., p. 343.

⁶¹³ LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, en: *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, 1999, p. 19.

⁶¹⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol, “La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas operada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, núm., 4, 1999, pp. 49-90.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 65.

⁶¹⁶ ESTEVE PARDO, José, “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 161, mayo-agosto de 2003, p. 63.

indemnización por el desconocimiento de la ciencia, el conocimiento termina así por ser adquirido a sus expensas. Estaremos, además, en estos supuestos, fuera de la órbita de la responsabilidad, a la espera de que el legislador decida adoptar algún tipo de reconocimiento económico. “La Administración no está aquí sujeta a Derecho porque este Derecho se define, de manera singular, con posterioridad al daño (estamos enfrentados al) triste territorio de la irresponsabilidad amparada en la ignorancia.”⁶¹⁷

JORDANO FRAGA hace parte de la doctrina más crítica, pues cree que con este precepto se ha iniciado la demolición del sistema de responsabilidad de las Administraciones, se violan a su vez las propias bases conceptuales de la fuerza mayor y el artículo 106.2 de la Constitución⁶¹⁸.

Más allá de los reproches doctrinales, debe en todo caso destacarse el que sea la ley la que determine las bases para una delimitación entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la institución de la solidaridad, última que operaría, al igual que ocurre en el ordenamiento francés, a partir de la consagración de diversos regímenes legislativos como el instaurado en 1993 relativo a la concesión de ayudas para los afectados por el VIH como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario, o las prestaciones y ayudas económicas para las víctimas del terrorismo (Ley 29/2011, de 22 de septiembre⁶¹⁹) y para las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995, de 11 de diciembre). La reacción frente a las catástrofes naturales y los reconocimientos económicos a que dan lugar, es otro sector que merece especial atención en el esfuerzo de la delimitación de los sistemas.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁶¹⁸ Cf. JORDANO FRAGA, Jesús, “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 149, mayo-agosto de 1999, pp. 321-336.

⁶¹⁹ Mención especial merece esta normativa, en particular por su interés comparado para un ordenamiento como el colombiano. Así, luego de varios antecedentes normativos (en especial la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, sobre cuyos antecedentes se puede consultar el trabajo del profesor MIR PUIGPELAT, Oriol, “La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario”, en: *Justicia Administrativa*, núm. 8, de julio de 2000, pp. 25-44), se adoptó la referida normativa del año 2011, donde se desarrolla el derecho de las víctimas a recibir las prestaciones establecidas en la ley por los daños personales que causen las acciones terroristas y el derecho a que el Estado abone la cantidad impuesta a los condenados en concepto de responsabilidad civil cuando exista una sentencia por terrorismo. El régimen de ayudas, su compatibilidad con otras erogaciones públicas, el tipo de daños que se reconocen, así como la asunción por parte del Estado de las indemnizaciones que corresponden inicialmente a los autores de los delitos y la subrogación en la posición de las víctimas, son todos elementos de particular interés para un país como Colombia que enfrenta el enorme reto de reparar, en alguna medida, la ingente cantidad de víctimas que ha dejado el conflicto armado.

E. Las calamidades y los desastres naturales

Las calamidades naturales constituyen, seguramente, la representación paradigmática de un daño frente al que reacciona la Administración a pesar de no haberlo causado. El acontecer de un desastre natural, si bien excluye toda responsabilidad de la Administración⁶²⁰, sigue siendo un hecho catastrófico para las víctimas, que no suele dejar indiferente a una sociedad que tiene en la actualidad un inmediato conocimiento y formas diversas de reaccionar frente a la desdicha de sus semejantes. Al igual que lo hizo SAVATIER años atrás, de la mano de la evolución de la responsabilidad administrativa, y cuando difícilmente se acepta que el Estado permanezca como un mero espectador ante una calamidad natural, se presenta capital el preguntarse por ¿quién responde por la mala suerte?⁶²¹

En palabras de JORDANO FRAGA, frente a las situaciones catastróficas “el Derecho [...], atiende dichos fenómenos regulando, entre otras cuestiones, la reparación de los daños ocasionados. Es necesaria la regulación de los daños que inexorablemente han de producirse”⁶²². Con esta forma de regular se comienza a perfilar lo que sería una “derecho subjetivo a la prestación solidaria”, que disminuye los márgenes de discrecionalidad del Estado para reaccionar frente a diversas catástrofes naturales o antrópicas.

El concepto de fuerza mayor “el todo o nada en materia de responsabilidad” aporta para el autor español la línea divisoria entre la solidaridad y la responsabilidad, pues, por demás, es el elemento constitucionalizado que exime la responsabilidad de la Administración. Como un avance en la construcción de las bases teóricas, se apunta desde esta posición que “en la solidaridad es donde ha de encontrarse el fundamento de la reparabilidad de los daños catastróficos.”⁶²³

La Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, termina de perfilar, en su artículo 5, el derecho subjetivo que tienen los residentes en el territorio español a ser atendidos por la Administración en caso de catástrofe, una atención que

⁶²⁰ Excepto, por supuesto, que se demuestre una falla o funcionamiento anormal en el servicio de prevención y atención de desastres.

⁶²¹ Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Quién responde por la mala suerte de cada uno?”, en: Peña, Lorenzo, et al., (eds.), *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 49-77.

⁶²² JORDANO FRAGA, Jesús, *La reparación de daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 23.

⁶²³ *Ibíd.*, p. 166.

incluye medidas de recuperación a las que la propia ley excluye su carácter indemnizatorio.

A las normas estatales se suma un elenco de normatividades autonómicas y europeas que complementan el Sistema de Protección Civil⁶²⁴, que permiten reaccionar frente a diversas situaciones catastróficas, como las inundaciones extraordinarias que en España tienen el peso más representativo de un riesgo que con mayor reiteración produce daños⁶²⁵.

De modo similar a lo evidenciado por la doctrina francesa, desde el país ibérico se señala “que la solidaridad desplegada en nuestro ordenamiento jurídico es excesivamente coyuntural. Lejos de haber labrado un verdadero sistema, el grupo normativo es más bien el resultado disperso de golpes históricos causados por los desastres naturales.”⁶²⁶

En el Estado colombiano la Ley 1523 de 24 de abril de 2012 adoptó la política nacional de gestión del riesgo de desastres, y estableció el sistema nacional de gestión del riesgo, con la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres a la cabeza. En esta legislación existe una amplia reglamentación de principios, entidades participantes, comités que se crean y funciones que se establecen, el procedimiento administrativo para la declaratoria de un desastre, en fin, un extenso tratamiento que en todo caso hace extrañar la configuración de un derecho subjetivo de atención, exigible ante la propia Administración y la consagración de puntuales ayudas públicas en cabeza de los distintos damnificados. Entre arduas sequías e incendios forestales y torrenciales lluvias y graves inundaciones se debate un país cuya economía restringe considerablemente el recurso a la solidaridad como mecanismo institucionalizado de reacción frente al daño catastrófico.

F. El sistema neozelandés de no-responsabilidad administrativa

Desde que en 1931 SAVATIER puso de presente la metamorfosis de la responsabilidad civil, señaló que el proceso evolutivo que había comenzado con los daños de guerra, que

⁶²⁴ Sobre el sistema normativo europeo y español, cf. FERNÁNDEZ CABANAS, Juan, *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes naturales*, Comares, Granada, 2015.

⁶²⁵ Esto de conformidad con las estadísticas del Consorcio de Compensación de Seguros para el periodo 1971-2015:
http://www.conorseguros.es/web/documents/10184/44193/Estadistica_Riesgos_Extraordinarios.pdf/14ca6778-2081-4060-a86d-728d9a17c522

⁶²⁶ JORDANO FRAGA, Jesús, *La reparación de daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, op. cit., p. 273.

seguiría con inundaciones, tempestades y otros cataclismos, terminaría al final del recorrido con el reconocimiento de un derecho de crédito a toda víctima de un accidente. Se preguntaba entonces si la sustitución definitiva de la responsabilidad individual por una garantía social de amplia extensión constituiría o no un signo de progreso.

Con independencia de que se considere un avance del sistema o su propia negación, al menos un ordenamiento ha seguido este recorrido. Nueva Zelanda cuenta con un régimen de reacción frente al daño de características únicas, “abolió el área más importante de la responsabilidad civil más de tres décadas atrás y su gente parece bastante feliz con el resultado”⁶²⁷. De entrada, debe aclararse que no se trata de un sistema de responsabilidad civil administrativa; con todo y lo llamativo que resulta en términos comparados, es otra institución jurídica la que allí tiene lugar, una institución donde la palabra la tiene la justicia distributiva por encima de consideraciones de justicia correctiva.

En este sistema “todos los neozelandeses reciben 24 horas de protección frente a todos los daños accidentales, hayan ocurrido en el trabajo, en las vías, en casa o en cualquier otro lugar”⁶²⁸. El sistema neozelandés, que administra la ACC (*Accident Compensation Corporation*), reacciona frente a los daños (*injuries*), sin importar la forma en que se hayan producido o de quién sean culpa. Tiene amplios beneficios concretados en pagos hospitalarios, pago parcial de salarios, rehabilitación, transporte, entre otros. Es un sistema que en general se activa frente a una amplia variedad de daños sufridos, con independencia de la responsabilidad civil que de ellos pueda predicarse.

Describe un mecanismo de reacción general frente al daño alejado de la institución de la responsabilidad patrimonial, una determinada clase de daños que terminan siendo asumidos por el Estado mediante el establecimiento de fondos públicos creados para cumplir ese particular fin. Por ello, si “cada comunidad decide políticamente cuánta mala suerte neutralizar”⁶²⁹, el sistema de Nueva Zelanda es sin duda una muestra de la decisión política de avanzar hacia un sistema que tiende a la compensación general del

⁶²⁷ SCHUCK, Peter, “Tort reform, Kiwi-Style”, en: *Yale Law and Policy Review*, 2009, p. 187.

⁶²⁸ PALMER, Geoffrey, “New Zealand’s accident compensation scheme: twenty years on”, en: *University of Toronto Law Journal*, 1994, p. 227.

⁶²⁹ PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 196

daño, de señalados logros como su amplia cobertura, un costo de administración relativamente bajo y la clara disminución del sufrimiento humano⁶³⁰.

G. La solidaridad y la garantía social: una nueva institución, nuevos fundamentos

A este punto se disponen de mayores argumentos para pronunciarse sobre la propuesta de admisión de la RSH, y lo haremos, como se habrá podido anticipar, desde una posición de rechazo de una responsabilidad de la Administración Pública donde su actuación no esté en el origen del daño, donde no sea su causa. La actuación u omisión de la Administración es un requisito esencial de la responsabilidad administrativa, su origen causal es fundamental, que la lesión sea atribuible a la acción administrativa es un *sine que non* de la responsabilidad pública. Las razones para sustentar esta posición son de variada índole, avanzaremos algunas de la mano de la doctrina especializada, aunque esperamos que lo desarrollado a este punto, sobre los fundamentos y requisitos, constituyan por sí argumentos adicionales.

El elemento central que permite descartar la procedencia del instituto jurídico de la responsabilidad administrativa para enfrentar daños que la Administración no ha causado es el hecho de que allí donde no hay autoría, donde no hay control, no hay responsabilidad. Donde no se puede influir sobre el origen del daño, no puede tener cabida la relación obligacional indemnizatoria⁶³¹. “La responsabilidad es siempre una responsabilidad por hecho –hecho culpable o hecho no culpable–”⁶³², mientras que en la garantía social la indemnización se otorga a pesar de la ausencia de un verdadero responsable.

El Estado, en los casos de los que ahora nos ocupamos, no es responsable, lo que hay es una coincidencia con quien representa el cuerpo social sobre el que se considera justo recaiga el peso del daño, “el verdadero y final deudor de la reparación, es siempre, en la construcción que se esboza, el cuerpo social”⁶³³.

⁶³⁰ Cf. PALMER, Geoffrey, op. cit., p. 228.

⁶³¹ Una necesidad de que la persona pública tenga algún tipo de influencia sobre el curso causal que es presentada por PHILIPP, Dominique, op. cit., p. 622.

⁶³² DELAUNAY, Benoît, *La faute de l'administration*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence., coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 252, Paris, 2007, p. 250.

⁶³³ SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, op. cit., p. 343.

Lo que está en mora de desarrollarse son las bases teóricas de la nueva institución, no la deformación de la existente⁶³⁴. Para avanzar en esta posición podrían ser útiles elementos de distinción en el nuevo sistema que evidencien las consecuencias diferenciales de tener un daño que sea totalmente ajeno al actuar administrativo, como en los casos de desastres naturales o actos terroristas, o el que el daño se haya originado dentro de una actuación administrativa cuando era absolutamente desconocido su origen, como en los casos de transfusiones sanguíneas, donde lo que se puntualiza es la imposibilidad de control de la Administración sobre el daño. No es nuestra intención avanzar aquí en este sentido más allá de evidenciar, como se ha dicho ya, que este es sin duda un significativo capítulo del Derecho Administrativo que está en camino de escribirse.

Lo que sí podemos avanzar es sobre un ensayo de exposición decantada de una extensa doctrina que realiza, a las claras, una división de las instituciones de la responsabilidad civil y la solidaridad social. Sin pretensiones de exhaustividad, el recurso a esta amplia lista de posiciones, a las que nos referiremos a continuación, se explica por la presencia de un tema que no suele dejar indiferente a un amplio espectro de la doctrina especializada en ordenamientos tan variados como los pertenecientes al *Common Law*, o a quienes se adscriben al derecho continental. Consideramos, para estos efectos, suficiente el referir algunas de las posiciones más disidentes que resultan de particular interés por su variado origen.

En el Reino Unido, por ejemplo, la distinción es conocida y desarrollada:

“debemos distinguir la responsabilidad (*liability*) de la solidaridad social (*social solidarity*). La responsabilidad está basada en un principio de justicia en la que un cuerpo público ha actuado en una manera determinada por la que debe cargar con las consecuencias de sus actos (sean el resultado de la culpa o del riesgo). La solidaridad social nos da razones para ofrecer asistencia a aquellos que se encuentran a sí mismos en una posición de infortunio. Es un principio de compasión, no de justicia [...] Bajo ambos principios, el gobierno paga, pero las razones para pagar son fundamentalmente diferentes.”⁶³⁵

Situados en Francia, lugar origen de la propuesta de la RSH, tenemos un extenso depósito de pronunciamientos que rechazan esta posición. A los ya formulados, merece

⁶³⁴ La responsabilidad civil, derivada de una noción que implica el estar atado a las consecuencias de los actos que se acometen, terminaría de tal manera desnaturalizada que nos enfrentaríamos por este camino a una responsabilidad sin responsable, aunque para ello pretendamos arrojar desde el concepto de la imputación un falso salvavidas que difícilmente nos ayudará a salir a flote.

⁶³⁵ FAIRGRIEVE, Duncan, et al. (eds.), *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2002, p. XXII.

la pena avanzar aquí la anunciada diferenciación del daño y perjuicio que le es útil a SOUSSE para fundamentar la responsabilidad administrativa y la solidaridad social. Cuando lo que tiene aplicación son los diversos regímenes legales, “no se trata de una reparación contenciosa, sino de una reparación automática.”⁶³⁶

En el reconocimiento patrimonial de daños que se podrían agrupar bajo la noción de solidaridad social, “la búsqueda de un responsable se hace inútil. La reparación va a ser acordada por un organismo independiente del patrimonio del responsable. Al ser efectuada fuera de toda búsqueda de un responsable, la reparación es colectiva, es decir, socializada.”⁶³⁷

“Nada permite afirmar que el derecho a reparación de daños que existe en materia de responsabilidad es el mismo que el derecho a indemnización de la garantía social. En este último caso, el derecho tiene un carácter eminentemente social. Se trata de un derecho colectivo, y no de un derecho individual. Además, este derecho no existe a priori. Es reconocido en situaciones excepcionales por vía legislativa.”⁶³⁸

A partir de esta construcción se afirma que la garantía social suprime toda idea de causalidad y termina por repartir la carga de la reparación en la colectividad.

En este mismo sentido, para GRARE “en efecto, no podemos concebir la responsabilidad sin causalidad (incluso en la responsabilidad objetiva) La responsabilidad sin culpa se resume en un mecanismo de atribución de una carga a una persona. Si privamos ese mecanismo de la búsqueda causal como condición previa, la reparación de daños será el fruto, no de un fenómeno de responsabilidad, sino del azar”.⁶³⁹ Para GOUHIER, en un régimen de responsabilidad puro se es responsable en la medida en que se ha causado un daño, por ello los regímenes legislativos no se corresponden con la responsabilidad *stricto sensu*⁶⁴⁰.

Con DELVOLVÉ se concluye que “con el riesgo social nos alejamos cada vez más de la noción de causa. Se caracteriza, en efecto, por la ausencia de relación causal entre el daño y una actividad pública”⁶⁴¹. Finalmente, ya para el propio SAVATIER desde el

⁶³⁶ SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, op. cit., p. 108.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 109.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 150.

⁶³⁹ GRARE, Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, París, 2005, p. 54.

⁶⁴⁰ GOUHIER, Sébastien, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en droit administrative* (tesis), París, 2000, pp. 225 y 226.

⁶⁴¹ DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 300.

momento mismo en el que se prescinde de la idea de culpa, “a decir verdad, se trata menos [...] de *responsabilidad* que de *garantía*.”⁶⁴²

En España existe también un amplio elenco de posiciones que desde la doctrina se pronuncia por la escisión de las instituciones. DE AHUMADA hace parte de quienes, con toda claridad, manifiestan la necesidad de la división:

“En efecto, no se puede *asimilar* el régimen de ‘*indemnizaciones*’ por motivos de *solidaridad* al régimen general de *responsabilidad patrimonial con configurado en la LRJ-PAC*, y disposiciones concordantes, porque ambos regímenes de ‘*indemnización*’ tienen *fundamentos, presupuestos, fines, regulación y consecuencias patrimoniales muy diferentes el uno del otro* [...] la justicia conmutativa es el fundamento del instituto resarcitorio (mientras que) [...] la *solidaridad* es el fundamento del régimen de ayudas previstas en algunas de nuestras leyes.”⁶⁴³ (énfasis original)

En palabras de ESTEVE PARDO “por muy positiva valoración que merezca la solidaridad con las víctimas, máxime en el modelo del Estado social en el que estamos instalados, la responsabilidad civil, instituto jurídico de perfiles muy definidos desde el Derecho romano, no parece que sea la vía adecuada para canalizarla.”⁶⁴⁴

De la mano de MEDINA se entiende que “el Derecho de la responsabilidad patrimonial es ajeno por completo a cualquier finalidad asistencial [...] La responsabilidad patrimonial no es una obra jurídica de misericordia; y cualquier medida de signo asistencial que compensen los daños sufridos (al margen del responsable) rebasan sus límites intrínsecos (...)”⁶⁴⁵.

DÍEZ-PICAZO, como habíamos enunciado con anterioridad, sostuvo que “tampoco pertenece en rigor, al sistema de responsabilidad civil extracontractual, porque no cumple una función estrictamente indemnizatoria, el conjunto de supuestos en que el Estado reconoce o instaura fórmulas de ayuda y asistencia a las víctimas de

⁶⁴² SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, op. cit., p. 355.

⁶⁴³ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, op. cit., pp. 112 y 113.

⁶⁴⁴ ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de derecho administrativo*, 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 295.

⁶⁴⁵ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, op. cit., p. 54.

determinados daños (...) no pertenecen al sistema de Derecho de daños las ayudas [por ejemplo] en favor de los afectos por siniestros especialmente catastróficos.”⁶⁴⁶

La otra esquina no está en todo caso deshabitada, GARCÍA ÁLVAREZ hace parte de lo que puede constituirse como una doctrina minoritaria, pues a sus ojos la obligación de resarcir a las víctimas por atentados terroristas hace parte de los:

“supuestos en los que se utiliza la técnica de la responsabilidad para socializar determinados perjuicios cargando su indemnidad, directa o subsidiariamente, al patrimonio del Estado, personalizados en la Administración pública [...] pese a las argumentaciones empleadas por el Tribunal Supremo, estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado [pues] el fundamento actual de la institución es la socialización de determinados riesgos, prescindiendo de toda idea de culpa.”⁶⁴⁷

Podemos terminar este decurso con una mirada a la doctrina colombiana, donde una escasa configuración de regímenes legislativos gobierna el panorama. Una vez más es HENAO quien con toda claridad escinde el concierto entre ambas instituciones:

“Frente al irremediable advenimiento de los daños, son varias las formas de reacción con que cuenta una organización social [...] cuanto más desarrollada una sociedad, mayor solidaridad se presentará ante la ocurrencia de daños. Solidaridad y reparación se presentan entonces como dos polos que buscan, cada cual desde su óptica, mitigar los efectos de los hechos dañinos. La finalidad de ambas coincide [...] aunque su causa es diferente porque lo que motiva la traslación patrimonial en una y otra se explica por razones diferentes.”⁶⁴⁸

El debate en este ordenamiento ha cobrado un tono especial a partir del análisis de los daños derivados de actos terroristas⁶⁴⁹. Para GIL BOTERO, en estos casos particulares “la imputación sí puede estar sustentada en la solidaridad.”⁶⁵⁰

“la responsabilidad extracontractual del Estado ha encontrado en la solidaridad el fundamento fáctico o jurídico, o ambos, para imputar el deber de reparar el daño irrogado [...] De modo que, a diferencia de lo sostenido por algún sector de la doctrina, la solidaridad no solo es un axioma que permite la creación de fondos de reparación administrativa (v.gr. fondos de víctimas del terrorismo, de víctimas de graves violaciones a derechos humanos, de transporte automotor, etc.) sino que constituye un fundamento filosófico y estructural de la responsabilidad y, por lo tanto, del deber normativo de reparar integralmente un daño irrogado [...] la

⁶⁴⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V*, op. cit., p. 58.

⁶⁴⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, “Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en: Bermejo Vera, José (dir.), *Derecho Administrativo, parte especial*, 5ª ed., Civitas, 2001, pp. 1304 y 1310.

⁶⁴⁸ HENAO, Juan Carlos, *El daño*, op. cit., p. 29.

⁶⁴⁹ Un debate que se refiere particularmente a los daños derivados de actos terroristas donde no puede imputarse a la Administración ninguna falla en el servicio.

⁶⁵⁰ GIL BOTERO, Enrique, “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 488.

responsabilidad es uno de los pilares estructurales del moderno derecho de la responsabilidad estatal.”⁶⁵¹

Una posición que, como lo anuncia el citado autor, es poco compartida por otros sectores, pues de inmediato otra fracción de la doctrina ha alzado su voz disidente para abogar por la aludida escisión. Desde M’CAUSLAND, quien realiza un cuidadoso estudio en el que analiza las posiciones del Consejo de Estado y de la jurisprudencia constitucional, “la aplicación de la solidaridad como fundamento de la previsión de mecanismos de colectivización de los riesgos sociales –no toma en cuenta- ni tendría que hacerlo- los elementos estructurales de la responsabilidad, por lo cual no se confunde con ella”⁶⁵². Para PIMIENTO, por su parte, quien sostiene que “la responsabilidad del Estado ha sido secuestrada por el conflicto armado”, existen diferencias profundas entre uno y otro sistema que lo llevan a concluir que “la función del principio de solidaridad en el ordenamiento colombiano no es la de soportar la institución de la responsabilidad.”⁶⁵³

Este debate y la inquietud sobre los fundamentos, que decíamos se halla muy circunscrito a los daños derivados de actos terroristas, tenderá a ampliarse producto de propuestas legislativas como las que pretenden prohibir la producción y distribución del asbesto en el territorio colombiano y la creación de un fondo para reparar a sus víctimas⁶⁵⁴; la exoneración de la responsabilidad de daños por productos defectuosos cuando el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de su puesta en circulación no permitían descubrir la existencia de un defecto⁶⁵⁵; y como resultado de los recientes llamados que el Consejo de Estado ha hecho al Ministerio de Salud para que presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley con el que se

⁶⁵¹ GIL BOTERO, Enrique, *La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Temis, Bogotá, 2014, pp. 20 y 21.

⁶⁵² M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 583.

⁶⁵³ PIMIENTO, Julián, “Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en: *Revista de derecho público*, núm. 36, Universidad de los Andes, enero-junio de 2016, pp. 3-43.

⁶⁵⁴ Proyecto de ley 97 de 2015 Senado, “por la cual se prohíbe la producción, comercialización, exportación, importación y distribución de cualquier variedad de asbesto en Colombia”.

⁶⁵⁵ Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, regulatoria del artículo 78 de la Constitución Política de Colombia.

reglamenten las posibles reacciones frente a los daños derivados de infecciones intrahospitalarias⁶⁵⁶.

Nociones como la “reparación transformadora”, sobre la que nos hemos pronunciado, hacen su arribo para urgir este debate en el ordenamiento colombiano sobre el papel de la responsabilidad y la solidaridad social. Desde el propio escenario donde se lanza la propuesta se hace evidente la necesidad de diferenciar los servicios sociales que presta el Estado, la asistencia humanitaria y la reparación, pues todos constituyen deberes y acciones diferenciables desde su fuente, su frecuencia, sus destinatarios, su duración, se pueden escindir conceptualmente porque tienen un origen fáctico distinto, bases normativas, propósitos, beneficiarios y horizontes temporales diferentes⁶⁵⁷. El que las guerras y las violaciones masivas de derechos trastorquen la lógica de la reparación, es una verdad indudable, lo que creemos es que en todo caso, incluso en contextos de graves violaciones, la diferenciación aquí propuesta sigue siendo válida, para lo que es útil reconocer que si “al final de guerras masivamente destructivas debemos dar prioridad a los derechos y deberes de la justicia *social* por encima de los de la justicia correctiva”⁶⁵⁸, cuando ello ocurra, dos instituciones jurídicas vecinas pero delimitables están llamadas a ser las protagonistas.

Lo que sin duda le hace falta al ordenamiento jurídico colombiano es avanzar sobre la configuración de regímenes legislativos, de amplio desarrollo en otros ordenamientos, que permitan al patrimonio público realizar traslados patrimoniales para reaccionar ante los daños no causados por la Administración. La solución no debe terminar por desnaturalizar la responsabilidad administrativa para reaccionar ante lo que se considera justo, la solución parte de reconocer la necesidad de avanzar sobre nuevas categorías en nuestro Derecho Administrativo.

G.1. El contenido de la reparación como límite de la responsabilidad: un fundamento sugerido y una contrapropuesta

En la búsqueda de un fundamento y de elementos de identificación de la solidaridad social, la principal dificultad está en la heterogeneidad de los diversos regímenes

⁶⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2015, exp. 21.774.

⁶⁵⁷ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paul, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y transformación democrática”, op. cit., pp. 44 y ss.

⁶⁵⁸ KALMANOTIVZ, Pablo, “Justicia correctiva vs. justicia social en casos de conflicto armado”, en: *Estudios Socio-Jurídicos*, vol.12, Bogotá, julio-diciembre de 2010, pp. 58-95.

legislativos. El legislador, al tratar de enfrentar un problema, un daño que le resulta odioso, que se le presenta como injusto, está más preocupado por las víctimas que por la coherencia del sistema. Mientras que es plausible que ello sea así, la reconstrucción de algún grado de coherencia, la búsqueda de elementos comunes de identificación, se convierte en una nota significativa y un reto para la delimitación de las instituciones jurídicas.

Un criterio de diferenciación que se ha propuesto y sustentado de manera diversa es el carácter de la indemnización, pues mientras que en la responsabilidad la reparación sería integral, los regímenes de solidaridad se regirían por un sistema “forfaitaire” -con un techo delimitado de indemnización-, que deja en cabeza de la víctima una parte del daño⁶⁵⁹. “El criterio de solidaridad sólo puede compensar –en la medida de lo posible-, el criterio de responsabilidad, repara”⁶⁶⁰. No obstante, si bien es verdad que en algunas ocasiones el monto indemnizatorio es menor al total del perjuicio ocasionado en los sistemas legislativos, esta característica no puede erigirse como el principio diferenciador de ambos sistemas, pues hemos visto ya que en casos típicos de responsabilidad también cabe el limitar el monto de la indemnización⁶⁶¹. “Se admite en derecho positivo que el principio de ‘reparación integral’ no es la esencia de la responsabilidad, de tal manera que, en ciertos casos, puede ser excluido por cláusulas limitativas [...] dicho de otra manera, sobre el terreno de la indemnización, la responsabilidad civil no presenta ninguna superioridad con relación a otras instituciones.”⁶⁶²

En los llamados regímenes de indemnización la reparación puede ser entonces, o bien integral, o bien limitada⁶⁶³, en últimas es el legislador el que decide. Lo que parece ocurrir en la realidad no es nada más que la descripción de una tendencia, no un principio del que pueda predicarse una tajante separación. La reparación en estos casos está a mitad de camino entre una reparación integral y una delimitada, aunque, de la mano de la doctrina, se puede constatar en todo caso que la limitación a la

⁶⁵⁹ PHILIPP, Dominique, “De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques”, en: *Revue de Droit Publique*, núm. 2, marzo-abril de 1999, pp. 626 y 627.

⁶⁶⁰ PIMIENTO, Julián, op. cit., p., 31.

⁶⁶¹ Cf. *Supra*, cap. II, t. II.

⁶⁶² VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 78 y 81.

⁶⁶³ BRÉCHON-MOULÈNES, Christine, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, op. cit., p. 151.

compensación que se otorga a las víctimas tiende a disminuir y parece dar paso cada vez más a una reparación integral⁶⁶⁴.

Como corolario, ante la imposibilidad de hallar en el monto de la indemnización el fundamento de la delimitación, creemos que el verdadero principio que permite la demarcación es el origen del daño, la *lesión atribuible* al actuar administrativo. Cuando la lesión es ajena a la actuación de la Administración, aunque una ley establezca una respuesta patrimonial, estaremos fuera de la institución de la responsabilidad administrativa. El que la *lesión atribuible* sea (como lo anunciamos en su momento en nuestra lectura desde los fundamentos) un elemento de importantes consecuencias para la construcción de las bases y los límites de la institución, queda entonces acá en connotada evidencia.

G.2. Sobre la naturaleza jurídica del derecho

La reacción frente a los daños derivados de la guerra, derivados de las transfusiones de productos sanguíneos, de actos terroristas, a los daños producto de catástrofes naturales o antrópicas, se le ha tildado de obras de misericordia. Años atrás RIPERT, para deslindar la responsabilidad administrativa de la solidaridad social, echaba mano de un colorido recurso, el señalar que “no se puede confundir la piedad y la justicia”⁶⁶⁵.

Con anterioridad la doctrina autorizada sostenía que es la beneficencia lo que acá se despliega, pues “no se trata, en puridad, de un derecho subjetivo al resarcimiento frente al causante del mismo, sino de un sistema que hemos denominado asistencial [...]”⁶⁶⁶. También DE CUPIS, frente a los daños de guerra, entendía que “no existe una obligación de reparación a cargo del Estado, a la que corresponda un derecho subjetivo del perjudicado”⁶⁶⁷. No obstante, cada vez más se pulen los perfiles de un verdadero derecho subjetivo a ser exigido ante la Administración, es lo que ocurre con la configuración de los regímenes legislativos y que explica su notable importancia. Cuando se cumplan los requisitos que establezca la ley para acceder a un determinado reconocimiento, la discrecionalidad administrativa (que puede llegar a darse en un momento inicial en el que decide si declara o no, por ejemplo, la calamidad pública,

⁶⁶⁴ FRANK, Alexis, op. cit., p. 194.

⁶⁶⁵ RIPERT, Georges, prefacio a Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, p. IX.

⁶⁶⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 58.

⁶⁶⁷ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 838.

que, para en el caso de los daños catastróficos, desencadena una lógica de reconocimientos patrimoniales) cede, pues una vez ello haya ocurrido, quien cumpla con los requisitos exigidos, tendrá derecho, un derecho exigible, al traslado patrimonial respectivo. Así lo ha anunciado el Tribunal Supremo español para quien “el establecimiento de las subvenciones puede ser discrecional para la Administración, pero una vez anunciadas, termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración.”⁶⁶⁸

Por esta línea lo que el avance posibilita es el ver que el Estado “no interviene más como distribuidor de limosnas, sino como deudor natural de la víctima”⁶⁶⁹. Diferente es, desde el punto de vista de las fuentes de las obligaciones, que esa “deuda” tenga origen en la lesión atribuible o en la ley, otro elemento que debe resultar basilar a la hora de avanzar sobre la construcción de la solidaridad.

De los fundamentos considerados en el título I aprendimos que la lesión atribuible es un elemento común a todas las construcciones; del análisis filosófico aprendimos que la causalidad importa; de las bases constitucionales aprendimos que la acción u omisión de las autoridades públicas, la forma como ha funcionado el servicio público (bien o mal, pero que sea un análisis que se circunscriba a su funcionamiento), es un requisito para que pueda desplegarse la responsabilidad. Todos esos aprendizajes son esenciales y deben ahora recordarse, además de agregarse a lo dicho en este apartado para los efectos de delimitar la institución y terminar de establecer una posición frente a la propuesta de una responsabilidad administrativa sin hecho de la Administración.

Una última consideración histórica, que se suma a las múltiples razones anotadas para refutar la RSH, debe hacerse presente. Mientras que con el advenimiento de la responsabilidad objetiva se pretendía ampliar el campo de la responsabilidad pues se buscaba reconocer unos daños que efectivamente se producían pero que no se indemnizaban, los daños frente a los que reacción la RSH ya se reconocen y se “indemnizan” pues son producto precisamente de un reconocimiento legislativo que así lo establece. Las razones de justicia que acompañan la actual construcción son, en consecuencia, cardinalmente diferentes.

⁶⁶⁸ STS, Sala de lo Contencioso, de 3 de marzo de 1993. En el mismo sentido STS, Sala de lo Contencioso, de 12 de enero de 1998.

⁶⁶⁹ SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, op. cit., p. 343.

Al final cobran especial sentido las palabras de LE TOURNEAU que nos recuerdan la importancia que el estudio de los fundamentos filosóficos tiene para efectos de la delimitación de la institución: “allí donde la *justicia conmutativa de la responsabilidad* se muestra inadecuada para luchar contra los estragos del infortunio, *la justicia distributiva de la solidaridad* ha venido a reemplazarla, por el intermedio de regímenes objetivos de indemnización.”⁶⁷⁰ (énfasis original)

II. Otras delimitaciones necesarias

De la mano del incesante ensanchamiento de la responsabilidad pública, la sentida necesidad de sentar sus bases y límites, que hoy se intensifica con propuestas como la responsabilidad sin causa, no es nada diferente de la reminiscencia de una lógica que ha estado presente desde el nacimiento mismo de la obligación indemnizatoria pública. A extramuros de la responsabilidad se encuentran una serie de instituciones con las que comparte vasos comunicantes de las que es esencial que se tome prudente distancia, pues al hacerlo se avanza en el proceso mismo de delimitación y fundamentación de la responsabilidad administrativa. El que exista un reconocimiento económico, un traslado patrimonial de la Administración a un particular, hace saltar las alertas de aquellos que buscan en el enorme tráfico de situaciones jurídicas puntuales casos donde la respuesta deba darse en sede de responsabilidad; sin embargo, de la mano de los fundamentos y de las condiciones de existencia, la responsabilidad se puede perfilar como una institución firme y presente que reivindica para sí espacios propios, a la vez que permite que otras instituciones jurídicas reaccionen y desplieguen su concurso en aplicación de requisitos y nociones basilares propias.

A. La responsabilidad civil y la expropiación forzosa

En el esfuerzo de delimitación de la institución, un ejemplo representativo se halla en el ordenamiento español, donde la expropiación forzosa y la responsabilidad administrativa comparten un origen entrañable que ha llevado a que en muchas ocasiones sus fronteras se presenten difusas. La forma histórica en que estas dos instituciones fueron contempladas en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, significó que inmediatamente después de su consagración iniciaran los esfuerzos para identificar

⁶⁷⁰ LE TOURNEAU, Philippe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, 9ª ed., Dalloz, París, 2012, p. 69

correctamente cada una de las figuras que son abordadas a partir del principio constitucional de garantía patrimonial⁶⁷¹ consagrado en los artículos 33.3 y 106.2⁶⁷².

Lo que resulta particularmente sugestivo del estudio diferencial de ambas instituciones es que su análisis se realiza a partir de dos categorías jurídicas que se amplifican. De esta manera, el proceso de progresión de la responsabilidad también es vivido por la expropiación forzosa, que en últimas “[...] está dotada de una fuerza expansiva tan extraordinaria que pronto va a salirse de este modesto papel para absorber e integrar a ella la mayor parte de los supuestos de la indemnización administrativa”⁶⁷³. Dos círculos, en principio independientes, que describen un proceso permanente de expansión, no pueden más que terminar trastocándose. El hecho de que en el ordenamiento jurídico alemán estas instituciones sean estudiadas bajo una categoría general de prestaciones indemnizatorias públicas es una muestra más de esta constante cercanía y solapamiento⁶⁷⁴.

GARCÍA DE ENTERRÍA fue pionero en España en el estudio de la expropiación forzosa, catalogada como “el límite último [...] el límite cardinal del derecho de propiedad privada”⁶⁷⁵. Solo por motivos de utilidad pública o interés general “los derechos privados claudican ante la potestad expropiatoria, pero en lugar de los mismos el titular ve nacer un derecho a la indemnización correspondiente.”⁶⁷⁶

El recurso constitucionalizado a la noción de indemnización como condición de la expropiación forzosa hace evidente la anotada proximidad con la responsabilidad civil de la Administración. En relación con esta indemnización merece la pena resaltar una notoria diferencia que viene aparejada a la configuración constitucional española, donde el artículo 33, que exige la indemnización, no ordena que esta deba ser previa. En todo

⁶⁷¹ Cf. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 117, septiembre-diciembre de 2008, pp. 157-194.

⁶⁷² Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, op. cit., pp. 539 y ss.

⁶⁷³ NIETO, Alejandro, “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, p. 92.

⁶⁷⁴ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 45.

⁶⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 22.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 98.

caso, al margen de los procedimientos excepcionales⁶⁷⁷, a la previa indemnización se le califica desde la doctrina como el “presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria”⁶⁷⁸, por lo que este calificativo que acompaña a la indemnización es, como no podía ser de otra manera, una característica muy presente también en el país ibérico. Contrariamente, en un ordenamiento como el colombiano, la Constitución exige la *previa indemnización* para que proceda la expropiación; así lo reconoce el artículo 58 regulatorio de la institución jurídica, donde la utilidad pública y el interés general son también los motivos base para que proceda la indemnización por vía legislativa o administrativa.

Lo que nos interesa en todo caso no es el desarrollo de las características propias de la expropiación, sin duda de trascendental importancia, sino los factores de independencia, lo que haremos brevemente en compañía de la doctrina especializada. Así, en palabras de NIETO existe una “separación esencial entre expropiación (negocio jurídico directamente dirigido al despojo) y daños (fruto de hechos jurídicos u –ocasionalmente entonces- actos jurídicos)”⁶⁷⁹.

Por su parte GARRIDO FALLA, en múltiples trabajos⁶⁸⁰, propone una clara división entre la *responsabilidad* de la Administración y el deber de *indemnización*. La teoría de la indemnización es aplicable a los supuestos donde la Administración sacrifica los derechos de un particular en medio de una actuación legítima (no contraria a derecho), mientras que la responsabilidad tiene fundamento en una actuación dolosa, culposa o negligente. En esta construcción las expropiaciones están enmarcadas bajo la lógica de la indemnización, donde la Administración hace uso de sus potestades administrativas, mientras que en la responsabilidad se incluyen los daños causados por culpa, negligencia o por riesgo objetivo. “Desde luego, la inclusión del riesgo objetivo no significa, ni mucho menos, la confusión de estos supuestos con los que constituyen la teoría de la indemnización, pues en este caso no se beneficia el interés público con la actividad causante del daño; la finalidad perseguida con la actuación administrativa no

⁶⁷⁷ Sobre el procedimiento expropiatorio y sus excepciones, cf. GALÁN GALÁN, Alfredo y VILALTA REIXACH, Marc, “La actividad expropiatoria”, en: Cano Campos, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, t. III, v. II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 185-201.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁷⁹ NIETO, Alejandro, “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁸⁰ Cf. GARRIDO FALLA, Fernando, “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 81, septiembre-diciembre de 1976, pp. 7-33; “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto de 1989, pp. 7-38; GARRIDO FALLA, Fernando et al., *Tratado de Derecho Administrativo*, V. II., 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 337 y ss.

tiene por objeto producir el daño, sino que éste es una consecuencia inesperada, incluso no querida, de dicha actuación”⁶⁸¹. Una de las consecuencias más significativas de esta construcción está dada por el hecho de que “los fundamentos jurídicos de la indemnización (supuestos de expropiación forzosa) y de la responsabilidad no son intercambiables.”⁶⁸²

En un sentido similar se posiciona MIR, para quien el daño en los supuestos de responsabilidad administrativa es una consecuencia accidental, no deseada, mientras que en los supuestos de expropiación forzosa, que al final es una herramienta en manos de la Administración para satisfacer el interés general, el daño es un medio necesario para la consecución del fin público. “La expropiación, en efecto, además de ser una garantía para el ciudadano (al implicar el derecho a indemnización), es un instrumento en manos de la Administración (y, también, del legislador, como viene aceptando el Tribunal Constitucional al admitir las expropiaciones por ley singular), una verdadera potestad para la consecución del interés general.”⁶⁸³

La doctrina encuentra, como se puede observar, diferentes elementos de diferenciación⁶⁸⁴, no obstante, existe un elemento central en la delimitación que no siempre es suficientemente ponderado y que resulta de significativa relevancia, esto es, la inexistencia material de lesión atribuible, del daño mismo (incluso si se quiere acudir al daño antijurídico), de la aminoración patrimonial en los supuestos de expropiación. El perjuicio material, al que se refiere MAYER⁶⁸⁵ como una de las condiciones de la responsabilidad, en la realidad nunca se produce.

⁶⁸¹ GARRIDO, FALLA, Fernando, “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, op. cit., p. 18.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 20.

⁶⁸³ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 91.

⁶⁸⁴ A la citada doctrina se suma una amplia variedad de posiciones que se pronuncian a favor de la distinción entre la responsabilidad patrimonial y la expropiación, entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administración Públicas*, op. cit., pp. 175 y ss; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en: Santamaría Pastor, Juan Alfonso, (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 677 y “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, en: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, p. 18; MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, op. cit., pp. 50 y 51; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 27ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 585 y 633 y ss.

⁶⁸⁵ MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2ª ed., t. IV, Ediciones Depalma, Bueno Aires, 1982, pp. 225 y ss.

Es verdad que el concepto de daño es una noción jurídica amplia, que, como pudimos evidenciarlo, no puede avanzarse más allá sin correr el riesgo de desdibujarse, pero incluso con una noción general como la de aminoración patrimonial, es fácil ver que en la expropiación forzosa no existe daño alguno, pues a la expropiación se ata, de inmediato, el justiprecio, el precio justo a pagar por el bien, y si el precio cumple su función de justicia, el patrimonio del expropiado no se verá en ningún caso disminuido⁶⁸⁶. La efectiva diferenciación entre las instituciones está en la lesión misma, en la lesión atribuible, de allí que no puedan ubicarse bajo el mismo rasero ambas instituciones, pues, en pureza, la lesión patrimonial no se produce en la expropiación, mientras que en la responsabilidad la lesión efectivamente se produce, tanto así que es la medida del resarcimiento, de la reparación⁶⁸⁷. Vemos en esta diferenciación, que parte de la inexistencia del daño en los supuestos de expropiación, una nota de entidad suficiente que es poco recurrida por la doctrina que se preocupa por la escisión.

B. La responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa

El enriquecimiento sin causa, a pesar de su falta de consagración normativa en los códigos civiles influenciados por el derecho francés, se alza a la categoría de principio general del derecho⁶⁸⁸. En torno a este principio, a su desarrollo, proximidad y las tentativas doctrinales de unificación con la responsabilidad civil, se han escrito un número importante de líneas⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Esta exclusión del daño en los casos de expropiación forzosa no es, en todo caso, un elemento del todo ajeno para quienes propugnan por escindir las instituciones a partir del daño querido y buscado por la Administración en pro del interés general, del daño accidental que da origen a la responsabilidad administrativa. Pues se ha escrito antes que “técnicamente, con arreglo a la normativa vigente, la exclusión de responsabilidad patrimonial en los casos de expropiación forzosa puede fundamentarse, o bien negando la existencia del daño (en lo concerniente a la parte cubierta por la indemnización expropiatoria), o bien afirmando [...] que la víctima (el expropiado) tiene el deber jurídico de soportar el daño”, MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 97.

⁶⁸⁷ No se nos escapa que esta presentación tiene un enorme reto a superar en supuestos excepcionales de urgencia que en ordenamientos como el español permiten exceptuar el principio de la previa indemnización, no obstante, insistimos que avanzar en esta consideración, que fue puesta de presente años atrás por el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, excede nuestro objeto de estudio. En todo caso, para efectos de esta construcción no podrá obviarse el hecho de que, incluso en las expropiaciones excepcionales, en el patrimonio del afectado pende un derecho de crédito del que solo resta determinar su cuantía, situación que termina por modificar el análisis comparado a los supuestos de responsabilidad.

⁶⁸⁸ Cf. NUÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, Reus, Madrid, 1934.

⁶⁸⁹ Cf. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en: Díez-Picazo, Luis y De la Cámara, Manuel, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988; ÁLVAREZ-CAPERACHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Comares, Granada, 1993; BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Enriquecimiento injusto y

Desde el derecho civil se afirma, por ejemplo, que “el proceso de ampliación de los supuestos materiales abarcados por las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento sin causa conduce a que las posibilidades de solapamiento o de intersección de sus respectivos ámbitos objetivos de aplicación aumente”⁶⁹⁰. Existe así una inquietud por el campo de aplicación y el alcance de cada una de las instituciones. Ahora bien, quienes así se expresan, luego de presentar los caracteres distintivos de ambas figuras, pueden a su vez concluir que “en definitiva, ninguno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual –acción, daño, relación de causalidad entre ambos, antijuridicidad y culpabilidad- es requisito para que pueda estimarse la acción derivada de un enriquecimiento sin causa.”⁶⁹¹

“Cuando la responsabilidad no se funda solamente en el daño, sino en el binomio daño-enriquecimiento y corresponde al *quid minus* entre daño y enriquecimiento, no es exactamente responsabilidad civil, sino que constituye la institución del enriquecimiento injusto, a la que corresponde la acción de enriquecimiento, que no debe confundirse con la responsabilidad civil, insensible a la inferioridad del enriquecimiento del responsable respecto al daño.”⁶⁹²

Como corolario, es fácil estar de acuerdo con Díez-PICAZO cuando señala que “el cúmulo de diferencias es tal y todas ellas tan contundentes que se llega a dudar de la necesidad de plantear la distinción porque lo que es completamente diferente no tiene porqué distinguirse.”⁶⁹³

En el campo del Derecho Administrativo, donde el enriquecimiento injusto tampoco ha sido objeto de un reconocimiento legal expreso, se ha heredado el debate del derecho privado sobre los caracteres distintivos de la figura con respecto a la responsabilidad civil administrativa. Al igual que ocurre con un número importante de instituciones jurídicas, en este campo nos encontramos frente a “un verdadero préstamo, una verdadera cesión de técnicas” que impone por tanto “determinar cuándo éstas, incorporadas ya al tronco del Derecho administrativo, son realmente *algo* distinto (comprobar), su propia sustantividad.”⁶⁹⁴

responsabilidad civil extracontractual”, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, pp. 141-166.

⁶⁹⁰ BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando, op. cit., p. 146.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 147.

⁶⁹² DE CUPIS, Adriano, op. cit., pp. 753 y 754.

⁶⁹³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, op. cit., p. 56.

⁶⁹⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, 2ª ed., Civitas S.A., Madrid, 1996, pp. 21 y 32.

Frente a este interés por sus elementos distintivos, aunque es verdad que a partir de sus requisitos “en el ámbito del Derecho Administrativo la construcción dogmática del enriquecimiento injusto no tiene [...] variaciones esenciales”⁶⁹⁵, se predica una nota de autonomía y particularismo del principio en el derecho que gobierna la Administración⁶⁹⁶. Su aplicación se da normalmente en el marco de la actividad contractual de la Administración, en particular allí donde se presentan supuestos de inexistencia o nulidad del contrato administrativo en los que la Administración se ve beneficiada de una ejecución material por la que no ha realizado el correspondiente reconocimiento económico⁶⁹⁷.

La importancia de su estudio en este apartado viene dada por una muy autorizada posición doctrinal que identifica el enriquecimiento injusto dentro de las causales de imputación de la responsabilidad de la mano del funcionamiento normal y anormal del servicio público⁶⁹⁸, un tratamiento del enriquecimiento como una modalidad de la responsabilidad administrativa que representa un reto para su encuadramiento dentro de la institución indemnizatoria.

A nuestros efectos, bastará por el momento con anotar que la posición descrita es controvertida no solo desde la propia doctrina administrativa⁶⁹⁹ sino también desde una lectura civil sobre la responsabilidad pública que señala que “sería oportuno, por lo demás, separar netamente los institutos de la responsabilidad extracontractual y del enriquecimiento sin causa de las Administraciones públicas, habida cuenta de que sus supuestos y sus funciones son radicalmente opuestas [...] sería muy conveniente que desapareciera el enriquecimiento como uno de los criterios de imputación de responsabilidad de la Administración.”⁷⁰⁰

⁶⁹⁵ COSCULLEULA MONTANER, Luis, “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre-diciembre de 1977, p. 191.

⁶⁹⁶ Cf. REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 93 y ss.

⁶⁹⁷ Esta teoría será ampliamente desarrollada en la segunda parte de este trabajo, en particular en lo referido a la responsabilidad civil de la Administración en la actividad contractual.

⁶⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., pp. 217 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., pp. 398 y 399; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 475 y ss.

⁶⁹⁹ REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, op. cit., pp. 245 y ss.

⁷⁰⁰ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas”, op. cit., p. 250.

El que el principio del enriquecimiento sin causa se trate de la mano de la responsabilidad civil, bien para efectos de su sustracción, bien para que sea considerado como un título más de imputación, y el que su representación paradigmática se encuentre en la actividad contractual de la Administración, que, las más de las veces, se beneficia de una ejecución material no soportada en un contrato administrativo, es una muestra más (por si todavía fuese necesario añadir razones) de lo desdibujadas (inexistentes) que se presentan las pretendidas líneas de división entre la responsabilidad contractual y la extracontractual de la Administración.

C. Las multas impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos, la acción de repetición y la responsabilidad administrativa

El desafío de delimitación de la responsabilidad civil de la Administración Pública, decíamos, es una necesidad pasada y presente. Hoy en día el esfuerzo de fundamentación y demarcación continúa, así lo ha puesto de presente una reciente sentencia de la Corte Constitucional⁷⁰¹ que se pronuncia sobre la naturaleza de las multas impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la autorización del legislador para que ante su imposición se ejerciera la correspondiente acción de repetición consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se demandó un apartado de la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, que en su artículo 81.2 establecía una posibilidad para que las empresas que fueran sancionadas por la Superintendencia de Servicios Públicos pudieran repetir contra quienes dieron lugar a la sanción, además de establecer que “la repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución.”

La demanda de inconstitucionalidad se basó en el argumento de que para el actor las referidas multas impuestas por la Superintendencia no configuran la existencia de un daño antijurídico, no tienen naturaleza indemnizatoria, ni conforman una condena en contra del Estado, requisitos todos a los que hace referencia el artículo 90 constitucional para que proceda la acción de repetición.

⁷⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C-957 de 2014.

Luego de un estudio sobre la naturaleza de la responsabilidad del Estado, la Corte Constitucional decide declarar la inconstitucionalidad de la norma pues considera que efectivamente:

“el perjuicio económico en el que incurren las empresas de servicios públicos a quienes se les impone una multa de la SSPD, no genera un daño antijurídico ni responsabilidad patrimonial del Estado [...] si la multa no es una expresión de un daño antijurídico en los términos descritos, y la repetición que autoriza el Legislador, sobre la base de haber realizado un pago aparentemente *indemnizatorio*, nunca se dio, la repetición a la que se alude en este caso concreto carece del fundamento constitucional requerido en los términos del artículo 90 superior”.

El fallo de constitucionalidad permite entonces avanzar sobre la delimitación de la institución de la responsabilidad civil pública al aclarar que la multa, y el proceso sancionatorio del que trae causa, no constituyen un régimen indemnizatorio, ni un mecanismo válido de declaratoria de responsabilidad administrativa que dé lugar a una acción de repetición.

La importancia capital de esta sentencia se explica porque deja al descubierto la vigencia de la urgente delimitación de la responsabilidad administrativa que, a partir de la noción del daño y de la naturaleza indemnizatoria de la institución, esto es, a partir de sus requisitos y de sus fundamentos, permite contrarrestar el hecho de que el proceso de constante ampliación de la institución la lleve a su eventual desconfiguración, lo que en últimas no es nada diferente de una significativa prueba de la correspondiente necesidad de insistir sobre la identificación de unas bases sólidas y unas claras condiciones de existencia.

CONCLUSIÓN DE LA PRIMERA PARTE

El decurso por los fundamentos de la responsabilidad civil nos ha enfrentado a una institución cuyos desencuentros doctrinales son ampliamente diversos. Al tiempo que se abandonó la culpa como eje articulador de todo el sistema, se inició un proceso de ampliación de la responsabilidad que, a la vez que ha convertido a la responsabilidad civil en una institución más robusta y garantista que sus versiones pretéritas, no ha hecho sino profundizar los referidos entendimientos heterogéneos.

Algunos rasgos esenciales perduran, un denominador común que se observa siempre presente ha sido identificado en esta parte del trabajo. El fundamento depende, en últimas, del sistema del que se pretenda predicar, o del subsistema de la responsabilidad que se observe, por eso el fundamento propio del sistema de responsabilidad administrativa no coincide en toda su extensión con el fundamento propio de la responsabilidad civil extracontractual de derecho privado, y decimos que no coinciden en toda su extensión, pues, en cuanto a subsistemas de la responsabilidad civil, comparten un fundamento común, la *lesión atribuible*, concepto que irradia sus notas más fundamentales a todo el sistema.

Una lectura desde el Análisis Económico del Derecho y desde los fundamentos filosóficos, permitió dejar expuestas algunas realidades y perplejidades de capital importancia, entre otras, el preponderante peso que tiene la causación en la manera cómo entendemos la institución jurídica, el que una actuación u omisión esté en el origen del daño para que pueda proceder su resarcimiento. La responsabilidad, además, no es el precio que se paga por una conducta, es el resultado de un injusto.

Los fundamentos constitucionales comparados de dos ordenamientos como el colombiano y el español han permitido evidenciar, al tiempo, la herencia europea sobre la configuración latinoamericana, y los aprendizajes recíprocos que para el país ibérico pueden derivarse de la comprobada convivencia de la lesión antijurídica y de los específicos títulos de imputación.

El estudio de los requisitos o condiciones de existencia ha hecho evidente la lógica reconfigurativa a la que han sido expuestos los elementos de la responsabilidad, de la cual poca cuenta se da desde la doctrina especializada. De la certeza transitamos hacia la verosimilitud del daño, de la estricta acreditación de la relación causal, a la

probabilidad, donde han hecho arribo expresiones que generan natural vértigo, como las llamadas “cuotas de incertidumbre”.

Al hilo de este proceso expansivo, el análisis de las condiciones arroja también meridiana claridad en punto a las necesidades de delimitación de la responsabilidad patrimonial del Estado. La acción u omisión de las autoridades públicas, como una condición central de la institución, es una clara manifestación de que, al lado de los fundamentos, las condiciones son útiles para reaccionar frente a propuestas que pretenden eliminar la conducta activa u omisiva en el origen del daño. Como corolario se observa que, a partir de la fundamentación y delimitación de dos nociones fronterizas, pero que tienen características y ámbitos de aplicación propios, esto es, sobre la responsabilidad y la garantía social, se escribe un nuevo y significativo capítulo del Derecho Administrativo.

El ayer y hoy de la institución da muestras de la importancia de continuar el camino de la delimitación. La responsabilidad y la expropiación forzosa, la responsabilidad y el enriquecimiento, la responsabilidad y las multas administrativas, han hecho indiscutible el apremio, la renovada actualidad de que se insista en torno a la necesidad de unos sólidos fundamentos y unas delimitadas condiciones de existencia.

*[...] la ley solamente tiene cuenta con la diferencia del daño,
y quiere reducir a igualdad
al que hace injuria y al que la padece
[...] De manera que lo que corrige y enmienda
los contratos, es lo justo*

Aristóteles, Ética a Nicómaco

SEGUNDA PARTE

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS RECONOCIMIENTOS PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: LA CONFIRMACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS, LAS CONDICIONES Y LOS LÍMITES DE LA INSTITUCIÓN

En la actividad contractual de la Administración, la celebración y ejecución de los contratos administrativos está plagada de elementos de sustantividad que definen y soportan buena parte del Derecho Administrativo. El contrato público es, de la mano de la institución de la responsabilidad administrativa, un sector clásico de referencia sobre el que se han construido las bases del derecho de la Administración.

Las facultades exorbitantes o excepcionales constituyen un ejemplo muy representativo de las notas de autenticidad del contrato administrativo ¿Ocurre acaso lo mismo con la “responsabilidad contractual” de la Administración? ¿Existe o debe existir un derecho administrativo especial, diferenciado, cuando se piensa en la “responsabilidad contractual” en la que pueda incurrir una Administración? ¿Cuál es su naturaleza y su fundamento? ¿Es la responsabilidad en la que se incurre en el marco de la actividad contractual sustancialmente diferente de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública? Enfrentar estas preguntas implica empezar por reconocer una de las principales carencias y deudas históricas en la construcción del Derecho Administrativo, la elaboración de una teoría general del daño patrimonial en el marco de un contrato público, esto es, la falta de una construcción general sobre la “responsabilidad contractual” de la Administración.

Dado que la responsabilidad contractual es, al lado de la extracontractual, un orden de la responsabilidad patrimonial⁷⁰², la “responsabilidad contractual” de la Administración requiere, al igual que ocurre con su par extracontractual, la presencia de un daño que sea

⁷⁰² Cf. JUAN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 568, Paris, 2016, pp. 35 y ss.

imputable a la actividad de la Administración, una *lesión atribuible* a la actividad administrativa. A partir de la comprobación de este requisito termina por explicarse un sistema de responsabilidad patrimonial público, lo que impide a su vez que otros traslados y reconocimientos patrimoniales que realiza la Administración en su actividad contractual puedan ser interpretados como manifestaciones que conforman la responsabilidad de la Administración. Para afrontar estas reflexiones, y otras que la sobrevuelan en paralelo, esta vez acudiremos primero a la comprobación de la paridad de los requisitos o condiciones de existencia de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, que nos llevará luego a preguntarnos por la existencia de unos fundamentos homogéneos o dispares de la institución.

Una misma institución por sus condiciones de existencia, la responsabilidad de la Administración es una sola desde la mirada de sus fundamentos (título I). El problema que ha contaminado el panorama, que ha dificultado la construcción en clave de sistema, es la recurrente remisión al equilibrio económico del contrato. Por ello, el adecuado entendimiento de las llamadas causas de ruptura, causales que despliegan la concepción del equilibrio, permitirá finalmente evidenciar la unidad de naturaleza, fundamentos y condiciones de existencia de la responsabilidad patrimonial en la actividad contractual y extracontractual de la Administración (título II).

Veremos en consecuencia que cada una de las manifestaciones, de los traslados patrimoniales producidos en la actividad administrativa contractual, está sometida a un régimen jurídico particular. Ahora bien, no obstante la diversidad del tratamiento, pueden encontrarse elementos homogéneos de carácter transversal que deben ser identificados y elaborados en clave sistémica desde el Derecho Administrativo general. El estudio de la actividad de contratación nos permitirá comprobar que, allende la responsabilidad patrimonial de la Administración en su actuar contractual, se despliegan otros reconocimientos patrimoniales que deben ser (a modo reflejo de la teoría general de la responsabilidad patrimonial expuesta en la primera parte) explicados bajo otras instituciones jurídicas.

Al final del estudio de esta segunda parte se pretende poner en evidencia cómo la llamada “responsabilidad contractual” de la Administración no es nada diferente (como se ha pretendido) a la aplicación de la teoría general de la responsabilidad patrimonial

administrativa en una actividad particular de la Administración⁷⁰³, en este caso, la contractual; de allí se deriva el uso de las comillas cuando nos referimos a esta manifestación particular de la responsabilidad administrativa, pues no existe en realidad aquí una *summa divisio* que justifique un tratamiento dual, que permita una escisión de la institución jurídica. El que la actividad que se despliegue sea la actividad de contratación no modifica en nada ni los fundamentos ni las condiciones de existencia de la responsabilidad patrimonial, el instrumento en el que se vehicula la actividad no altera la esencia de la institución, es en consecuencia una condición contingente y no sustantiva de la institución jurídica el tipo de actividad desplegada por la Administración, lo que hace que esta deba ser considerada como una institución unitaria, totalizadora de las distintas actividades.

⁷⁰³ Al referirnos a la actividad contractual como una más de las actividades de la Administración no pretendemos desconocer la clasificación clásica de la actividad de las Administraciones Públicas en la actividad de limitación o intervención, la actividad de servicio público o prestacional y la actividad de fomento; ocurre, en cambio, que acudimos aquí a una manifestación particular, si se quiere, una subespecie de esta típica clasificación de las actividades sobre las que, en todo caso, no existe un consenso doctrinal. Cf. CANO CAMPOS, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, t. III, La actividad de las administraciones públicas*, v. I y II, Iustel, Madrid, 2009.

TÍTULO I. LA CONFIRMACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

CAPÍTULO I. LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: UNA DEUDA POR SALDAR

La “responsabilidad contractual” de la Administración Pública es una noción jurídica constantemente recurrida a pesar de su paupérrimo tratamiento y elaboración por parte de las distintas fuentes del derecho. El que la Administración deba responder por el daño que ocasiona en su actividad contractual no es un dato que se ponga en duda; sin embargo, es escasa la doctrina que encamina sus esfuerzos al estudio de la “responsabilidad contractual”⁷⁰⁴ administrativa. No obstante la existencia de tesis recientes que desde el derecho privado vuelven sobre la clásica distinción de la responsabilidad contractual y extracontractual para acabar de echar por el piso las pretensiones de división, o que por el contrario sostienen posiciones como la pretendida inexistencia de la responsabilidad contractual (I), en el derecho de la Administración es poco fructífera y algo desoladora la tarea de buscar pronunciamientos que se ocupen del tema, bien para abogar por un tratamiento unificado, bien para posicionarse sobre una configuración especial y particular de la “responsabilidad contractual” administrativa. Las escasas excepciones se dedican más a la identificación de manifestaciones puntuales de la responsabilidad en la actividad de contratación, que a la construcción de una teoría de conjunto (II).

I. La caracterización de la responsabilidad contractual en el derecho privado

Los artículos 1147 del Código Civil francés⁷⁰⁵, 1613 del Código Civil colombiano y 1101 del Código Civil español regulan, de la mano de otra amplia gama de disposiciones normativas, la responsabilidad contractual de los particulares. Lo hacen en

⁷⁰⁴ Algunas notables excepciones, que provienen particularmente de la cultura jurídica francesa, son los trabajos de DE LAUBADÈRE, André, “Les éléments d’originalité de la responsabilité contractuelle de l’administration”, en: *Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, París, 1956, pp. 383-394; TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en Droit Administratif*, Economica, París, 1989; OUM OUM, Joseph Frank, *La responsabilité contractuelle en Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 270, París, 2014.

⁷⁰⁵ Artículo 1231-1 a partir de la reciente modificación de 10 de febrero de 2016.

los respectivos apartados que disciplinan los efectos de las obligaciones y en capítulos diferentes a los que gobiernan la responsabilidad extracontractual⁷⁰⁶.

A partir de estas manifestaciones del derecho positivo la responsabilidad civil ha sido considerada como una responsabilidad dual, una *summa divisio iuris* clásica, seguramente de las más representativas y recurridas en el derecho. Una dualidad que obliga a distinguir la responsabilidad contractual de la responsabilidad que se origina *ex contractu*, esto es, de la denominada responsabilidad extracontractual.

Explorar en qué consiste y sobre qué está sustentada esta división ha sido objeto de un amplio debate doctrinal al que nos hemos aproximado⁷⁰⁷ y del que puede predicarse una renovada actualidad⁷⁰⁸. Parte de la doctrina especializada se pregunta de esta manera “¿por qué ha parecido necesario someter a reglas especiales la responsabilidad que nace de la inexecución de una obligación contractual?”⁷⁰⁹

La respuesta a este interrogante pasa primero por entender que, en tanto que pertenece al conjunto de la responsabilidad, al igual que la extracontractual, la responsabilidad contractual se apoya en la concurrencia de unos requisitos o condiciones de existencia sin los cuales no puede manifestarse. “La responsabilidad contractual y la extracontractual suponen que exista un comportamiento activo u omisivo del demandado; que el demandante haya sufrido un perjuicio, y que, finalmente haya un nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño.”⁷¹⁰

“Cuando se examinan los elementos constitutivos de la responsabilidad, se advierte que, en la esfera delictual y en la esfera contractual, las soluciones son idénticas. En uno y otro caso, deben reunirse tres requisitos para que exista responsabilidad: un daño, una culpa, un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño [...] Es una comprobación capital que hace que aparezca claramente que los dos órdenes de responsabilidad son instituciones de la misma naturaleza.”⁷¹¹

⁷⁰⁶ Cf. *Supra*, primera parte, t. I, cap. I, I.

⁷⁰⁷ Cf. *Supra*, primera parte, t. I, cap. IV, II.

⁷⁰⁸ Cf. JÜEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit.,

⁷⁰⁹ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 3ª ed., París, 2008, p. 640.

⁷¹⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2ª ed., 5ª reimpresión, Legis, Colombia, 2010, p. 40.

⁷¹¹ MAZEAUD, Henri, et al., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6ª ed., París, 1970. Versión en español: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (traducción de la 5ª ed.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 121.

Unas mismas condiciones de existencia⁷¹² empiezan por dibujar un panorama de aproximación, de tratamiento unificado; sin embargo, el hecho de que el daño se produzca en el marco de una relación contractual terminó por marcar decididamente el rumbo a efectos de la posible construcción de un estudio unitario en las relaciones regidas por el derecho privado.

Para la configuración de la responsabilidad contractual se requiere (y no es una verdad de perogrullo sino, por el contrario, su elemento más definitivo) la existencia de un contrato, de un contrato válidamente celebrado, condición de tal importancia que su no concurrencia puede derivar en el estudio de otra institución jurídica cercana, como la del enriquecimiento sin causa, cuando se pretende el reconocimiento de ejecuciones materiales que se realizaron sin el amparo del negocio jurídico.

De la mano del requisito necesario de la existencia de un contrato válido entre el responsable y la víctima, se requiere que el daño resulte de la inobservancia de ese contrato, lo que hace particularmente relevante el que se conozca la verdadera extensión de las obligaciones del deudor, esto es, que se determine el contenido y alcance del contrato. No es entonces suficiente, a pesar de ser necesario, la existencia de un contrato para que el daño que pueda producirse entre las partes contratantes se ubique dentro de los dominios de la responsabilidad contractual, es preciso, además, que el daño resulte del incumplimiento de una obligación creada por el contrato mismo o que se derive de su particular regulación⁷¹³. De esta manera, “la aplicación del régimen de responsabilidad contractual supone no solamente que un contrato existe entre la víctima y el autor del daño al momento en el que este se produce, sino además, que el daño resulte de la inejecución de una obligación nacida de ese contrato o vinculada a él.”⁷¹⁴

Dado entonces que “la responsabilidad civil contractual tiene su origen en el daño surgido del incumplimiento de obligaciones contractuales”⁷¹⁵, la caracterización de ese incumplimiento viene dada por su falta de ejecución, la ejecución defectuosa o imperfecta y la ejecución tardía, eventos todos desencadenantes de la responsabilidad contractual.

⁷¹² Sobre cuyas particularidades volveremos en el siguiente capítulo.

⁷¹³ Cf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 100.

⁷¹⁴ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 490.

⁷¹⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 32.

Finalmente debemos recordar la significativa importancia que para el derecho privado tiene el concepto de la no acumulación o no opción, que da cuenta de la relación azarosa en la que constantemente están inmiscuidos los dos regímenes de responsabilidad. En la medida en que se encuentren reunidas las condiciones de la responsabilidad contractual, será a esta a la que se deba acudir, será esta la que tenga la palabra y no su vecina extracontractual. En última instancia, ya desde su propia denominación se observa una responsabilidad delimitada de manera negativa con respecto a la otra, bien sea dentro o fuera del contrato.

“Mientras que el dominio de la responsabilidad contractual se define por la existencia de ciertas condiciones positivas, el de la responsabilidad delictual se determina negativamente por la ausencia de una de esas condiciones, el régimen delictual tiene así una vocación, al tiempo, general y residual al aprehender toda situación que no está sometida al dominio de la responsabilidad contractual.”⁷¹⁶

Esta no acumulación o regla de no opción pone en evidencia una caracterización de la responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho privado que las trata como dos componentes con grados de independencia, diversos, que escinde su lectura, que, no obstante sus inocultables similitudes, enarbola un tratamiento diferenciado a partir de una multiplicidad de regulaciones normativas disímiles, donde el término de prescripción constituye tan solo uno de los ejemplos más clásicos.

Con todo y esta lectura diferencial, y a pesar de las ya referidas posiciones divergentes que llegan incluso a negar la existencia misma de la responsabilidad contractual⁷¹⁷, es preciso rescatar desde esta área del derecho, de la mano de VINEY, la que termina por convertirse en una ineludible conclusión, cuando señala que en un número importante de elementos, las fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual son imprecisas y discutidas, por ello resulta inútil y dañino el tratar de ubicar a toda costa los casos en uno u otro tipo de responsabilidad contractual o extracontractual por tratar de respetar una clasificación abstracta y teórica que no viene en realidad impuesta ni por

⁷¹⁶ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 527.

⁷¹⁷ Cf. REMY, Philippe, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, en: *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 2, abril-junio de 1997, pp. 323-355; GARDNER, Daniel y MOORE, Benoît, “La responsabilité contractuelle dans la tourmente”, en: *Les Cahiers de Droit*, v. 48, núm. 4, diciembre de 2007, pp. 543-578; LE TOURNEAU, Philippe, et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, 9ª ed., Dalloz, París, 2012; LE TOURNEAU, Philippe, “De la falsedad del concepto de ‘responsabilidad contractual’”, en: González de Cancino, Emilssen, et al., *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 673-709.

los textos legales ni por una lógica imperativa indiscutible, a tal punto que esta distinción tiende a perder la posición de *summa divisio* de la responsabilidad civil⁷¹⁸.

El que varios ordenamientos jurídicos como el argentino, en la que constituye una de las más recientes consagraciones normativas a nivel mundial que se ocupan del tratamiento unificado del deber de reparar⁷¹⁹, el Código Civil cubano⁷²⁰, el Código suizo de las obligaciones⁷²¹, o el régimen austriaco⁷²², inviten a la aplicación análoga de las normas relativas a la responsabilidad extracontractual en los daños derivados del incumplimiento contractual, es una nota indicativa de la posibilidad futura de una tratamiento general unitario desde el derecho privado.

Este fugaz periplo por los estudios sobre la responsabilidad contractual, que en derecho privado son legión, demuestra que el tema es de una importancia capital, que sigue hoy presente, y que seguramente, producto de consagraciones legislativas como la argentina o de recientes posiciones doctrinales que claman por su unificación, seguirá siendo de una riqueza considerable y de una denotada actualidad.

Finalmente, resulta muy ilustrativa para los análisis que abordaremos a continuación la posición conclusiva de YZQUIERDO, quien, al tiempo que aboga por una unificación de los regímenes de responsabilidad, señala que a efectos de responsabilidad patrimonial “el contenido de las obligaciones debe venir impuesto **por cada tipo de actividad**, sin que sea relevante la existencia o no del contrato.”⁷²³ (énfasis añadido). Que la actividad desarrollada predomine por encima de la relación negocial a través de la cual esta se instrumentaliza es un aprendizaje de significativa importancia para el derecho de la Administración.

⁷¹⁸ Cf. VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 611 y 669.

⁷¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 de 2014, artículo 1716: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

⁷²⁰ Código Civil de Cuba, artículo 294: “Las normas relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de las obligaciones”.

⁷²¹ Código suizo de las obligaciones, artículo 99.3: “las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual”

⁷²² Cf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 130.

⁷²³ *Ibíd.*

II. Su manifestación en el derecho público

A pesar de que la “responsabilidad contractual” de la Administración fue reconocida de manera temprana, que antecede incluso a la responsabilidad extracontractual administrativa⁷²⁴, y que precede a la generalización de la responsabilidad extracontractual⁷²⁵, pocos, demasiado pocos, han dedicado sus esfuerzos a su estudio y elaboración. Mientras que la responsabilidad extracontractual ha sido objeto de un gran número de consideraciones doctrinales, la “responsabilidad contractual” ha sido penosamente dejada de lado, olvidada, rezagada. Ya en 1957 señalaba CHAPUS que esta cuestión ha sido de tal manera ignorada por la doctrina de derecho público, que en vano buscaremos un estudio sobre la responsabilidad pública contractual⁷²⁶.

Para un gran número de administrativistas la responsabilidad administrativa debe circunscribirse al estudio de la responsabilidad extracontractual, pues la “responsabilidad contractual” de derecho público no hace parte de una teoría general de la responsabilidad de la Administración, sino de la teoría general del contrato administrativo⁷²⁷.

Basta recordar cómo en derecho español, el referirse a la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene, las más de las veces, una nota de entendimiento implícito de referencia exclusiva a la responsabilidad extracontractual, esto es, cuando en este ordenamiento se utiliza la noción de responsabilidad patrimonial administrativa, suele darse por sobreentendido que es una responsabilidad circunscrita al ámbito extracontractual.

TERNEYRE, desde las opiniones introductorias de su trabajo, muestra cómo en el derecho francés los administrativistas suelen excluir en sus construcciones, explícita o implícitamente, el tratamiento de la “responsabilidad contractual” de la Administración⁷²⁸, por considerarlo comúnmente parte de otra subdisciplina

⁷²⁴ Cf. *Supra*, primera parte, t. I., cap. IV, II-B.

⁷²⁵ TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., p. 7.

⁷²⁶ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 8, París, 1957, p. 375.

⁷²⁷ Así lo pone de manifiesto TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., p. 9.

⁷²⁸ Con excepciones como CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. I, 15ª ed., Montchrestien, París, 2001, pp. 1215 y ss., quien en todo caso dedica unas pocas páginas a un muy sucinto y puntual tratamiento de la responsabilidad nacida de los contratos.

administrativa, normalmente ubicada dentro del tratamiento general del contrato administrativo.⁷²⁹ A partir de la evaluación de diferentes obras de administrativistas, llega a sostener que “si existe ciertamente una teoría de la responsabilidad administrativa, no hay lugar en esta teoría para la responsabilidad contractual de la Administración.”⁷³⁰

El problema se agrava cuando se hace evidente que otros trabajos, los dedicados exclusivamente al estudio de los contratos de la Administración, tampoco abordan el tema de la “responsabilidad contractual”. En especial no lo hacen a manera de teoría general, a manera de conjunto, a partir de la identificación de sus fundamentos y elementos, como suele ocurrir con quienes se ocupan de la responsabilidad extracontractual administrativa.⁷³¹

Así, más que una construcción general en clave de sistema, lo que suele existir es la identificación de manifestaciones concretas, de situaciones episódicas de la responsabilidad en la actividad contractual administrativa.

Un barrido por la literatura jurídica especializada en España permite corroborar esta tesis. De la mano de un completo trabajo de QUINTANA⁷³², publicado precisamente en una obra dedicada al estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se ponen de manifiesto situaciones particulares donde ocurren daños, bien como consecuencia de la preparación y la adjudicación del contrato, bien originados en el incumplimiento de los contratos administrativos por parte de uno de los extremos de la relación negocial, en este caso, por parte de la Administración.

Por la representatividad del tema, y por el deseo de tratar de extraer de allí elementos para una construcción general, merece la pena ahondar en algunas de las situaciones

⁷²⁹ Vimos ya que la misma idea puede predicarse de otros ordenamientos como el español, primera parte, t. I., cap. IV, II-B.

⁷³⁰ TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., p. 9.

⁷³¹ Quizá sea RICHER, entre los administrativistas contemporáneos, quien de manera más decidida afronta el tema. Cf. RICHER, Laurent, *Droit de contrats administratifs*, 7ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2010, pp. 272 y ss.

⁷³² QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de su actividad precontractual y *ex contractu*”, en: Quintana López, Tomás (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1421-1485.

particulares en la que se manifiesta la responsabilidad de la Administración en la actividad contractual en ordenamientos como el español⁷³³ y el colombiano.

A. Manifestaciones de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual en España

En el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se consagra una variedad de situaciones en las que la Administración compensa, restituye, paga gastos en los que se incurre e indemniza a su contratante. Así por ejemplo, en la primera fase del proceso contractual, el de la preparación y adjudicación del contrato, de conformidad con los dictados del artículo 155.2 del TRLCSP (artículo 152 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público –LCSP-), en caso de que la Administración renuncie a celebrar un contrato o desista del procedimiento de adjudicación, deberá compensar “a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o **de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.**” (énfasis añadido). He aquí una primera remisión (de las que consideramos muy escasas) que conectan la responsabilidad patrimonial general de la Administración con su actividad contractual.

Una segunda referencia a los criterios generales de la responsabilidad administrativa, esta vez a efectos de determinar un monto indemnizatorio, se establece desde el artículo 48 del TRLCSP (artículo 58 de la LCSP), indemnización que se puede producir como consecuencia de la aplicación del recurso especial que en este ordenamiento existe en el ámbito de los contratos administrativos.

Frente a la regulación de la nulidad de los actos preparatorios, de adjudicación, o del contrato mismo, el artículo 35.1 de la norma citada (artículo 42 de la LCSP) establece la obligación en cabeza de la parte culpable de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por su contraparte⁷³⁴. Así mismo, en el artículo 38.3 se señala que cuando por razones de

⁷³³ Para el estudio de las manifestaciones de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual española, seguimos precisamente la estructura presentada por el profesor QUINTANA LÓPEZ, estudio que está basado en la pretérita numeración correspondiente a los artículos del TRLCSP, lo que hace que respetemos esta enunciación, al tiempo que indicaremos los artículos correspondientes a la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público, cuando ello tenga lugar.

⁷³⁴ Esta reglamentación contiene una regulación normativa que ofrece significativas luces para un ordenamiento contractual como el colombiano, pues allí se consagra la posibilidad de que con posterioridad a la declaratoria administrativa de nulidad de un contrato, este pueda continuar sus efectos

interés general se sustituya la nulidad por la reducción proporcionada de la duración de un contrato, el contratista no culpable podrá obtener una indemnización por lucro cesante derivada de dicha reducción temporal.

En los casos de adjudicación irregular, siempre que la Administración no pueda enderezar el camino y adjudicar a quien debió ser merecedor del contrato, deberá reconocer “el beneficio industrial dejado de obtener, sin descartarse el eventual resarcimiento de otros perjuicios, siempre que se trate de daños efectivos, individualizados y evaluables económicamente, y sean probados [...]”⁷³⁵.

Durante la ejecución del contrato, tal y como ocurre en derecho privado, la principal caracterización de la responsabilidad deviene del incumplimiento de las obligaciones, algunas de las cuales tienen una consagración típica en la ley de contratos. Recordemos ahora que para conocer la medida del incumplimiento habrá que conocer las obligaciones de las partes, su contenido y extensión, de allí que el incumplimiento dependa fuertemente de la estructura de cada relación negocial. Sin embargo, la norma contractual pública tipifica algunas situaciones puntuales de incumplimiento contractual por parte de la Administración. Verbigracia, dada la obligación de formalizar el contrato que celebran las Administraciones Públicas, el incumplimiento de este deber por parte de la Administración acarreará la indemnización “al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar”, de acuerdo al artículo 156.4 del TRLCSP (artículo 153.5 de la LCSP).

En punto al pago del precio⁷³⁶, y de conformidad con el artículo 216 (artículo 198 de la LCSP), se puede generar la obligación de abonar al contratista intereses por la mora en el cumplimiento de los plazos establecidos legalmente, sumada a la indemnización por los costos de recobro cuando el retardo en el abono del precio supere los treinta días. Si la mora en el pago supera los cuatro meses, nace el derecho del contratista de suspender la ejecución del contrato, previa comunicación a la Administración, suspensión que además trae aparejada el pago de los daños y perjuicios sufridos, tal y como lo señala el

bajos sus mismas cláusulas, cuando de la nulidad pudiera producirse “un grave trastorno al servicio público” hasta tanto no se adopten medidas urgentes para evitar el perjuicio, artículo 35.3 (artículo 42.3 de la LCSP).

⁷³⁵ QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de su actividad precontractual y *ex contractu*”, op. cit., p. 1438.

⁷³⁶ Cf. TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública: estudio del artículo 99 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado mediante Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio*, Atelier, Barcelona, 2006.

artículo 220.2 (artículo 208.2)⁷³⁷; y si se llegasen a superar los ocho meses, entonces el contratista tendrá derecho “a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen”.

Frente a la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato en los términos inicialmente pactados o por la posibilidad de generar una lesión grave al interés general de persistirse en su ejecución, se podrá resolver el contrato en los términos dictados por el artículo 223.g (artículo 211.g de la LCSP), que, de la mano del 225.5 (artículo 213.4 de la LCSP), establece el derecho del contratista “a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar”, salvo que la causa le sea imputable.

Finalmente, y antes de pasar al incumplimiento como categoría general, otras especiales tipificaciones tienen lugar frente a relaciones negociales nominadas como el caso del contrato de obras. Varios son los supuestos específicos: la demora en la comprobación del replanteo da lugar a la indemnización equivalente al 2% del precio de la adjudicación; adicionalmente, cuando la Administración suspenda el inicio de las obras por un tiempo superior a seis meses, el contratista “tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación”. En el mismo sentido, un pago del 6% del precio de las obras dejadas de realizar por beneficio industrial tendrá lugar cuando la Administración desista o suspenda las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses.

Tal y como se observa, de los efectos antes mencionados, contemplados en el artículo 239 (artículo 246 de la LCSP⁷³⁸), se desprende una indemnización tasada de daños para algunos casos puntuales como la suspensión en el inicio de las obras superior a seis meses, pues, en palabras del propio QUINTANA, el que la ley de contratos señale que la indemnización se recibe “por todos los conceptos”, implica ya que el contratista no pueda pretender una indemnización superior a la establecida, esto, con independencia del monto real del daño sufrido; mientras que en otros casos, como en el que genera el pago del 6% por beneficio industrial, “en nuestra opinión, deja abierta la posibilidad de que el contratista pueda fundadamente exigir el resarcimiento por otros conceptos

⁷³⁷ Sobre la configuración de la *exceptio non adimpleti contractus* y las modulaciones que las normas sobre el pago de las obligaciones significan para esta regla, tendremos la oportunidad de avanzar más adelante.

⁷³⁸ La actual regulación de la LCSP modifica los tiempos y algunas lógicas de los baremos indemnizatorios.

indemnizatorios distintos al beneficio industrial o lucro cesante por las obras dejadas de ejecutar”⁷³⁹.

También, para el caso del contrato típico de concesión, existe una puntual disposición que ordena a la Administración el indemnizar al concesionario por los daños que se le irroguen cuando haya tenido lugar la resolución del contrato por el rescate de la explotación de la obra pública, por la supresión de la obra por razones de interés público o por la imposibilidad de explotación, de acuerdo a los establecido por los artículos, 269 y 271.3 del TRLCSP. (En la LCSP el tema es regulado por artículos 279.c y 280.3 para el caso del contrato de concesión de obras y por los artículos 294.c y 295.4 para el contrato de concesión de servicios).

Dentro de las normas contractuales de contenido más universal, como una categoría omnicomprendiva de la Ley de Contratos (y al estilo de la disposición general del Código Civil español contenida en el artículo 1902 que regula la responsabilidad extracontractual de los particulares), el artículo 225.2 del TRLCSP (artículo 213.2 de la LCSP) establece que “el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.” En esos precisos términos está entonces consagrada la norma que regula la responsabilidad de la Administración en buena parte de su actividad contractual, disposición que le permite al contratista perseguir la indemnización de todos los daños ocasionados por el incumplimiento administrativo. Una disposición que además debe complementarse con los dictados del citado artículo 1101 del Código Civil, que constituye la “normativa supletoriamente aplicable al cumplimiento y efectos de los contratos administrativos”⁷⁴⁰.

De la lectura de los preceptos regulatorios del TRLCSP (y su correspondiente regulación en la LCSP) y de las normas civiles supletorias, se deriva un claro y significativo derecho en cabeza del contratista al resarcimiento integral del daño derivado del incumplimiento administrativo:

“la aplicación de estos preceptos al incumplimiento por parte de la Administración de los contratos administrativos, supone que, salvo en aquellos casos en que el efecto resarcitorio esté tasado por la legislación administrativa, particularmente por el TRLCSP, en lo referente a los conceptos indemnizables y en lo atinente a la

⁷³⁹ QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de su actividad precontractual y *ex contractu*”, op. cit., p. 1462.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 1463.

determinación del quantum indemnizatorio, en principio el contratista tiene derecho a ser resarcido por todos los conceptos y, además, en su integridad, es decir, por el daño sufrido y por los beneficios dejados de obtener.”⁷⁴¹

Una reflexión final presentada por el autor debe ser traída a colación antes de cerrar este apartado, pues demuestra la importancia capital del tema que nos ocupa en el presente trabajo y deja ver, una vez más, que de la mano de una gran significación teórica, las reflexiones acá expuestas tienen una denotada importancia práctica. Nos referimos al problema jurisdiccional que plantea el pretendido tratamiento dual de la llamada “responsabilidad contractual” y la responsabilidad extracontractual de la Administración en España, pues mientras que los contratos de derecho privado que celebra la Administración son competencia de la jurisdicción civil, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el encargado de conocer las cuestiones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”⁷⁴². Huelga señalar los problemas competenciales que se pueden presentar como resultado de esta particular distribución de competencias, pues la responsabilidad patrimonial por los daños que ocasione la Administración en contratos regidos por el derecho privado, en especial, los derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales, deberá ser de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque sea a la jurisdicción civil a la que se le haya otorgado la competencia para conocer sobre los contratos de derecho privado de la Administración.

B. Manifestaciones de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual en Colombia

El problema de la falta de una construcción general sobre la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual no es, ni mucho menos, exclusivo de un ordenamiento como el español; incluso en Colombia, donde la lesión patrimonial, el daño antijurídico, es una categoría holística, que comprende además de la responsabilidad extracontractual, el sistema de responsabilidad precontractual y la responsabilidad de carácter contractual⁷⁴³, no se ha desarrollado una concepción general que permita dar sentido a esta tesis de categoría constitucional.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 1479.

⁷⁴² Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, artículo 2.e.

⁷⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Particularidad sobre la que ahondamos en la primera parte, t. I., cap. V, II-B.

A falta de una cimentación general, lo que queda es la manifestación de situaciones puntuales en los diferentes estatutos contractuales. Pero habrá que empezar por confesar que, de la lectura del anterior Estatuto Contractual (Decreto 222 de 1983), en la que se inspiran los pocos trabajos especializados sobre la materia⁷⁴⁴, y de la actual norma que rige los contratos administrativos (Ley 80 de 1993), se desprende un tratamiento bastante más escueto y parco de las manifestaciones típicas que se pueden suceder en la actividad contractual que el que tiene lugar en otros ordenamientos, como permitió evidenciarlo el estudio de las respectivas disposiciones que fueron identificadas en la normativa española.

La preparación del contrato, la adjudicación y la ejecución contractual, son algunas de las etapas donde las diferentes manifestaciones típicas tienen lugar. El proceso de celebración del contrato, por ejemplo, da lugar a lo que parte de la doctrina denomina responsabilidad precontractual⁷⁴⁵. No obstante que deban ser hoy matizadas, las palabras que antaño pronunciara GÓMEZ RODADO reflejan, en alguna medida, lo que ocurre en esta particular etapa, pues de la mano de los deberes de buena fe, de confianza y de lealtad en la etapa precontractual, “después de iniciada la licitación la administración no puede arrepentirse de la invitación que ha hecho, sin pagar las consecuencias de ese arrepentimiento”⁷⁴⁶. Si bien puede considerarse hoy una afirmación en extremo radical, en especial dadas las consideraciones de interés general que pueden llevar a una Administración a modificar su voluntad negocial, en todo caso es una aseveración que deja en evidencia el que sea en esta primera etapa donde se producen las primeras manifestaciones de una responsabilidad administrativa en su actividad de contratación.

Durante la adjudicación se pueden suceder también situaciones particulares que acarrear la responsabilidad de la Administración, la no adjudicación por retiro de la licitación, la no adjudicación a tiempo y la no adjudicación por silencio de la Administración, hacen parte de una de las clasificaciones doctrinales exhibidas⁷⁴⁷. Nos detenemos acá un instante para poner de manifiesto cómo se llega a entender que la omisión del administrador en adjudicar el contrato configura una falla del servicio, falla

⁷⁴⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, Temis, Bogotá, 1989; FERNÁNDEZ MEJÍA, Luisa, *La responsabilidad contractual del Estado*, Radar, Bogotá, 1987; GÓMEZ RODADO, Dionisio, “La responsabilidad en la actividad contractual del Estado”, en: *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, año XIV, núm. 50, septiembre de 1983, pp. 147-167.

⁷⁴⁵ Sobre el daño precontractual y postcontractual volveremos en el capítulo IV del presente título.

⁷⁴⁶ GÓMEZ RODADO, Dionisio, op. cit., p. 148.

⁷⁴⁷ Cf. FERNÁNDEZ MEJÍA, Luisa, op. cit., pp. 57 y ss.

del servicio que también tendría lugar en el caso en el que se produzcan errores en la adjudicación del contrato, pues “cuando no se escoge a quien debería haberse escogido por habersele calificado mal, o por haber cambiado las reglas originales del juego, la administración compromete su responsabilidad.”⁷⁴⁸

El que estos pocos estudios referidos que se ocupan del tema hayan sido escritos con anterioridad a la Constitución de 1991 y al propio Estatuto Contractual colombiano vigente, hace que algunas de las afirmaciones allí contenidas resulten hoy superadas, en especial por la doctrina jurisprudencial. Así, por ejemplo, mientras que para FERNÁNDEZ MEJÍA, “si la administración se vale de motivos de interés público para retirar la licitación, aplicando nuestra teoría de la responsabilidad por causas lícitas, deberá indemnizar los gastos en los que incurran los contratistas”⁷⁴⁹, para la jurisprudencia del Consejo de Estado, los gastos en los que se incurren en la propuesta, están, de manera general, a cargo de los proponentes⁷⁵⁰.

Durante la fase de ejecución, al hilo de la doctrina mayoritaria que se ocupa de la materia, en los trabajos señalados se hace referencia a la indemnización en la que puede incurrir la Administración cuando termina o modifica unilateralmente un contrato, sin embargo, dado que será objeto de tratamiento en el título II de esta segunda parte, en el que pretendemos hacer evidentes las falencias de estas consideraciones al ser observadas bajo el prisma del equilibrio económico de los contratos administrativos, nos limitamos a reseñar el que suele entenderse que del ejercicio de las prerrogativas públicas se puede derivar una lógica de “responsabilidad contractual”.

En punto al pago, a diferencia de la legislación española, la normatividad colombiana se circunscribe a ordenar el respeto por el orden de presentación de las cuentas de los contratistas, es un llamado a respetar “el turno”, sin mayores consideraciones sobre las consecuencias de su inobservancia, situación que se desprende precisamente de la lectura del artículo 4.10 de la Ley 80 de 1993.

Frente a la declaratoria de nulidad, en lo referente a las restituciones mutuas que suelen tener lugar luego de dicha declaratoria, el artículo 48 del Estatuto Contractual establece una regla particular de consecuencias muy representativas, pues al reconocimiento y

⁷⁴⁸ GÓMEZ RODADO, Dionisio, op. cit., pp. 149 y 153.

⁷⁴⁹ FERNÁNDEZ MEJÍA, Luisa, op. cit., p. 58.

⁷⁵⁰ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de mayo de 2000, exp. 11.725.

pago de las prestaciones ejecutadas al momento de la declaratoria, se ata el hecho de que se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado de las prestaciones cumplidas y únicamente hasta el monto del beneficio; lo que sucederá cuando dichas prestaciones le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Otra regulación específica, el artículo 18, excluye la posibilidad de que proceda cualquier tipo de indemnización al contratista cuando haya tenido lugar la declaratoria de caducidad.

Dentro de los derechos y deberes de la entidad estatal contratante consagrados de manera general, se encuentra el de repetir contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, por las indemnizaciones que deba pagar como consecuencia de su actividad contractual, esto en virtud del artículo 4.7 de la norma contractual administrativa.

De manera adicional, al igual que ocurre con su par español, las normas comerciales y civiles que regulen la materia en punto a la responsabilidad deberán ser observadas por los contratos que celebran las entidades estatales, esto en lo no dispuesto particularmente por el Estatuto Contractual.

Por último, además de lo que podrían considerarse situaciones típicas (aunque no tengan el desarrollo y la extensión normativa de la ley española de contratos administrativos), existe también una norma que de manera general regula la “responsabilidad contractual” de la Administración, es el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que señala que “las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.”

Finalmente terminamos esta breve travesía con la exposición de una clasificación propuesta en uno de los estudios especializados referidos, donde, a partir de un esfuerzo de esquematización, se sostiene que en el ámbito contractual de la Administración se pueden producir situaciones típicas de la responsabilidad o bien contractual o bien extracontractual:

A) “Contractual

- Responsabilidad en la adjudicación del contrato

- Responsabilidad por incumplir el contrato
- Responsabilidad por la nulidad del contrato
- Responsabilidad por aplicación de cláusulas exorbitantes del contrato
- Responsabilidad derivada de la resolución del contrato

B) Extracontractual dentro de un ámbito contractual

- Responsabilidad derivada de la imprevisión
- Responsabilidad precontractual y postcontractual⁷⁵¹

Al hilo de las conclusiones de los estudios referidos, se observa cómo, antes y ahora, tiene plena validez la idea que, dado que la “responsabilidad contractual” del Estado no cuenta con un régimen jurídico estructurado, sus causales deben ser deducidas de algunas disposiciones normativas del Estatuto Contractual y de las normas civiles y comerciales sobre la materia.

Al terminar de observar lo que no son más que meras manifestaciones, puntuales episodios que despliegan la responsabilidad patrimonial de la Administración, no queda más que hacer saltar las alarmas sobre la urgente necesidad de una construcción que sustente y permita explicar la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual, que permita darle sentido y coherencia a estas puntuales manifestaciones.

Lo que creemos a este punto es que para resolver los certeros interrogantes que planteara en su tiempo CHAPUS sobre si “¿esta actitud ‘dualista’ de la doctrina corresponde verdaderamente a la realidad? sobre si ¿existe acaso, cuando una obligación contractual ha sido violada, reglas originales que constituyan los elementos de una responsabilidad pública contractual?”⁷⁵², para enfrentar entonces estos interrogantes⁷⁵³, decimos, adelantamos desde ya una idea fundada en el convencimiento de no ser necesario, además de generar innecesaria confusión y una duplicidad superflua, recurrir a una pretendida construcción de la “responsabilidad contractual” de la Administración erigida como una categoría general al lado de la responsabilidad extracontractual, pues la responsabilidad patrimonial (desarrollada en detalle en la

⁷⁵¹ FERNÁNDEZ MEJÍA, Luisa, op. cit., pp. 99 y ss.

⁷⁵² CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., p. 375.

⁷⁵³ Puestos de presente también por PAILLET cuando evidencia cómo hasta ahora los publicistas no se suelen preguntar si las respectivas responsabilidad contractual y extracontractual públicas se inscriben en una perspectiva común o bien si presentan una real autonomía conceptual. Cf. PAILLET, Michel, “Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle – Sur la ‘tyrannie’ du principe de primauté de la responsabilité contractuelle”, en: *Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Guibal*, t. I, Université de Montpellier, 2006, p. 533.

primera parte de este trabajo y en todo caso construida enormemente de la mano de las lógicas de las responsabilidades extracontractuales), es una institución jurídica suficiente para explicar todas las actividades administrativas, capaz y apta para regular el conjunto diverso de manifestaciones de la Administración, incluso la actividad contractual.

Las comillas “” que han acompañado la expresión de “responsabilidad contractual” administrativa hasta este punto se comprenden ahora mejor, pues no han pretendido nada diferente que evidenciar, a modo de llamado de atención, la falta de necesidad de escindir en un tratamiento dual la “responsabilidad contractual” y extracontractual Administrativa. Bastan así, por ser suficientemente explicativos, los fundamentos y las condiciones de existencia de la responsabilidad patrimonial para explicar también, y de manera integral, lo que ocurre al interior de la actividad contractual. La *deuda por saldar* que acompaña al título del presente capítulo no podrá ser honrada en su totalidad en este punto (a pesar de que haya quedado trazado el rumbo), pues la afirmación arriba sostenida tendrá que dar paso a una inmediata comprobación que pasa por someter a juicio el acoplamiento de los requisitos o elementos de existencia y de los pretendidos fundamentos de la institución en la actividad contractual de la Administración Pública.

Al final, de la mano de lo avanzado en el presente capítulo, la configuración de la responsabilidad patrimonial en la actividad contractual administrativa será el resultado del estudio conjunto de las consideraciones que conforman los distintos apartados de la segunda parte de este trabajo, por lo que solo al final de su análisis podrá considerarse en alguna medida completo un estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración en su actividad de contratación, el cual se delimita también, y a modo de reflejo de lo desarrollado en la primera parte, a partir del estudio de los límites de la responsabilidad, de aquello que se encuentra por fuera, a extramuros de la institución jurídica.

CAPÍTULO II. LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LA “RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL” – LOS HECHOS GENERADORES –: EL RECURSO AL INCUMPLIMIENTO COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ¿FACTOR SUBJETIVO DE IMPUTACIÓN?

En un estricto orden de correspondencia podría justificarse en esta segunda parte el discernir en primera medida sobre el fundamento y las funciones de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual a efectos de comprobar su efectivo acoplamiento y conformidad con la construcción general, para entrar luego en el análisis de sus condiciones de existencia; sin embargo, hemos optado por posponer el estudio sobre los fundamentos al siguiente apartado y anteponer el estudio del incumplimiento contractual, donde suele apoyarse la idea de la existencia de un elemento diferenciador, la idea fuerza que permitiría y justificaría un tratamiento escindido de la “responsabilidad contractual” y extracontractual de la Administración Pública. El incumplimiento, de la mano de otros requisitos de existencia, será el objeto de análisis de este primer apartado a efectos de poner en evidencia, de entrada, que su entidad es insuficiente para justificar todo un tratamiento dual de la responsabilidad patrimonial administrativa.

I. Los requisitos de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual

Discurrir sobre los requisitos o condiciones de existencia de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual implica invocar ahora las discusiones que nos ocuparon en el título II de la primera parte. Allí, luego de un análisis comparado entre los presupuestos necesarios comúnmente presentados en la doctrina civil, avanzamos sobre su concreción en el Derecho Administrativo. En el derecho que gobierna las relaciones entre privados, las variadas posiciones (recordemos) se ubican entre la necesidad de que concurren cuatro elementos: acción u omisión, daño, relación de causalidad y criterio de imputación; o bien que estén presentes tres de ellos: el daño, un hecho generador y un tipo de relación causal entre estos dos.

La diversidad de perspectivas es también un hecho característico de la doctrina administrativa, pues, aunque una posición mayoritaria se inclina por la necesidad de un hecho dañino, un perjuicio y una relación de causa y efecto entre estas dos condiciones,

en un ordenamiento como el colombiano, el daño antijurídico y la imputación serían los elementos necesarios y suficientes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, posición que en todo caso no es del todo ajena a la doctrina española, pues allí también cabe la interpretación de la concurrencia de dos requisitos, esto a partir de la identificación de la lesión antijurídica y que dicha lesión sea la consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos⁷⁵⁴.

Ahora bien, en punto al estudio específico de lo que serían las condiciones individuales que permitan justificar la existencia misma de la responsabilidad contractual, lo apropiado será volcar la mirada sobre los limitados trabajos especializados para verificar allí cuáles son esos presupuestos que la doctrina considera deben constituir la llamada “responsabilidad contractual” de la Administración.

Dentro de estos elementos constitutivos sin duda el incumplimiento es el rasgo más característico, erigiéndose este como el primer elemento de la “responsabilidad contractual” de la Administración. Por ello, socorridos en los trabajos aludidos, los presupuestos de lo que sería este tipo particular de responsabilidad se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- 1) El incumplimiento de una obligación emanada del contrato imputable a la Administración
- 2) La lesión del crédito (el daño o lesión patrimonial)
- 3) Nexos causal entre la lesión y el incumplimiento⁷⁵⁵

Otras aproximaciones, sobre las que tendremos la oportunidad de avanzar en el siguiente capítulo a propósito del estudio de los fundamentos de la institución, identifican una visión igualmente tripartita, pero se basan en una concepción más amplia del primer elemento, del hecho generador, pues a los requisitos del perjuicio y la relación de causalidad, suman un hecho generador que puede o bien ser subjetivo, como

⁷⁵⁴ Del análisis de las disposiciones constitucionales realizadas en la primera parte de este trabajo derivamos también en su momento una estructura particular y unos requisitos que vienen dados desde las propias constituciones (para el caso colombiano y español), que deben ahora ser recordadas.

⁷⁵⁵ Cf. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, op. cit., p. 39.

en el caso del incumplimiento, o bien tener un carácter objetivo, como en el caso del ejercicio regular de las prerrogativas contractuales de la Administración⁷⁵⁶.

Bajo el esbozo inicial de esta perspectiva, los requisitos de la “responsabilidad contractual” serían entonces completamente coincidentes con el tríptico de la responsabilidad extracontractual de la Administración, llegándose incluso a afirmar que en punto a requisitos como el perjuicio y la relación de causalidad “no existe ninguna originalidad con relación a las exigencias de la responsabilidad extracontractual”⁷⁵⁷. Solo entonces en el hecho generador existiría una verdadera particularidad, concepción que hace que este requisito deba ser objeto inmediato de individualizada atención.

A. El hecho generador subjetivo: el incumplimiento

La importancia capital del concepto de incumplimiento a efectos de la configuración de la “responsabilidad contractual” de la Administración debe ser esencialmente subrayada, en especial cuando desde la doctrina especializada se sostiene que “la responsabilidad contractual es, **principalmente**, una responsabilidad por inexecución o mala ejecución del contrato, por incumplimiento contractual.”⁷⁵⁸ (énfasis añadido)

Percibir adecuadamente la noción de incumplimiento es fundamental pues solo a partir de su delimitación positiva se entiende apropiadamente el elemento principal de lo que para algunos configura un tipo especial de responsabilidad contractual, además porque en ocasiones ha sido objeto de un tratamiento desafortunado en el derecho de la Administración que lo ha llevado a ser identificado de manera errada como una de las llamadas causales de ruptura del equilibrio económico⁷⁵⁹, o como la materialización de un riesgo contractual⁷⁶⁰.

En todo caso debe recordarse que el incumplimiento del que nos ocuparemos en este apartado, y sobre el que de inmediato esbozamos algunas nociones particulares

⁷⁵⁶ Cf. TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., en especial la primera parte; RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., pp. 284 y ss.

⁷⁵⁷ TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., p. 73.

⁷⁵⁸ RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 274; ver también COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 27ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 460.

⁷⁵⁹ Cf. *Infra*, t. II.

⁷⁶⁰ Cf. *Infra*, cap. V del presente título.

introdutorias que le son propias, es particularmente el incumplimiento de uno de los extremos de la relación contractual, en este caso, de la Administración Pública⁷⁶¹.

A.1. Breves notas generales sobre el incumplimiento

En una relación obligacional, cuando el deudor adecua su conducta al contenido de la prestación que emana del negocio jurídico este se ubica en el campo del cumplimiento de su contrato, cumplimiento que tiene por demás el efecto jurídico extintivo de la obligación. Por el contrario, y en oposición a la noción de cumplimiento⁷⁶², puede no ser satisfecha la prestación, lo cual puede ocurrir no solo por la falta de ejecución, sino por la ejecución tardía o inexacta de las obligaciones. Cuando “[...] el deudor incumple, el acreedor está insatisfecho, su derecho ha sido vulnerado por quien debía atenderlo y, por tanto, incurre en responsabilidad.”⁷⁶³

La idea de la falta de ejecución, de ejecución tardía o ejecución defectuosa, le sirvió precisamente de enorme apoyatura a quienes desde el Derecho Administrativo han construido una noción de un contenido equivalente, noción cuya autoría es atribuida a DUEZ⁷⁶⁴, que identifica la idea de la falla del servicio a través de la caracterización de un servicio que funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente⁷⁶⁵.

PLANIOL, defensor de la culpa, identificaba esta última noción precisamente como el incumplimiento/inobservancia de una obligación preexistente, generando con ello una paridad entre ambos conceptos. De la mano de esta construcción, se ve a las claras el que, por definición, la obligación deba preexistir al incumplimiento. Ahora bien, como categoría general, el deber preexistente incumplido puede venir impuesto por una norma de comportamiento que puede tener una fuente diversa: bien sea legal o reglamentaria, bien jurisprudencial o contractual. Por ello el incumplimiento contractual puede ser el resultado tanto de la trasgresión de una norma legal que consagra un deber en cabeza de la Administración en el seno de su actividad contractual, de exigencias que vienen

⁷⁶¹ Para un estudio sobre el incumplimiento del contratista privado, ver BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

⁷⁶² Cf. HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, t. I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 555 y ss.

⁷⁶³ HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., pp. 72 y 73.

⁷⁶⁴ Cf. DUEZ, Paul, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, 2ª ed., Dalloz, París, 1938.

⁷⁶⁵ Construcción que referimos ahora pues permite avanzar desde ya la idea de cercanía de la noción de incumplimiento y la falla o funcionamiento anormal del servicio.

impuestas por el propio ordenamiento o bien de la trasgresión de una disposición expresamente estipulada en el contrato. “Las obligaciones legales también integran el conjunto de obligaciones que debe observar la administración para no comprometer su responsabilidad contractual, y los efectos jurídicos de su incumplimiento no son diferentes de los que afectan a las obligaciones convencionales.”⁷⁶⁶

En el derecho privado, “frente al incumplimiento del deudor el acreedor tiene a disposición más de un remedio, y no exclusivamente la indemnización del perjuicio”⁷⁶⁷. De la mano de la indemnización de perjuicios, y al hilo de lo dispuesto en varias disposiciones civiles y comerciales como el artículo 1546 del Código Civil colombiano, el acreedor puede “pedir a su arbitrio” la resolución o bien el cumplimiento del contrato. Esta disposición normativa, tan relevante en el estudio del incumplimiento contractual, tiene una discutida aplicación analógica en el derecho de la contratación administrativa por la dificultad que trae aparejado el que se permitiese exigirle a la Administración el cumplimiento forzoso de las obligaciones emanadas del contrato, pues el interés general que media en ocasiones puede desaconsejarlo, lo que hace que, las más de las veces, las soluciones se suelen reconducir al análisis de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Esta imposibilidad de hacer extensiva al contratista de la Administración la aplicación de todos los remedios que frente al incumplimiento contractual comúnmente tiene a mano un sujeto de derecho privado no es una situación que termine por justificar un tratamiento escindido de la responsabilidad contractual o extracontractual, pues lo que acá ocurre es que, al interior de una institución unitaria, lo que se evidencia es que las necesidades impuestas por el interés general justifican normas sustantivas para gobernar la reparación de daños que en otros escenarios podrían tener soluciones distintas dados los intereses que median. Esto es, el que en ocasiones la reparación *in natura* no sea procedente en la responsabilidad que tiene lugar en la actividad contractual administrativa, no es tampoco una razón que justifique su tratamiento escindido, pues la responsabilidad extracontractual sabe convivir también perfectamente con reparaciones *in natura* que se tornan imposibles.

⁷⁶⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, op. cit., p. 158.

⁷⁶⁷ VISINTINI, Giovanna, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni Scientifiche, Italia, 2009. Versión en español: *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 151

Al hilo de estas breves pero significativas consideraciones generales (al final de las cuales podremos luego ocuparnos de la caracterización particular del incumplimiento administrativo) debemos señalar que no se nos escapa la discusión que tiene lugar particularmente en el derecho privado y que enfrenta la noción de incumplimiento de las obligaciones y de culpa contractual, conceptos que son tratados en ocasiones como sinónimos y en ocasiones a partir de un estudio individualizado que escinde sus elementos, reflexión esta que gira en torno a la idea de si para efectos de la configuración del incumplimiento debe o no observarse la conducta desplegada por el actor, sobre si el incumplimiento debe ser culpable, preocupación que permitió, entre otras, arribar a la hoy ya clásica distinción sobre las obligaciones de medio y de resultado.

Para nuestros efectos, sin embargo, creemos que la discusión en el derecho público toma otro cariz, quizás uno más matizado, pues más que un reproche sobre el comportamiento del responsable, en el incumplimiento administrativo (y en su clara lectura como una falla del servicio que se sostiene en este trabajo) estamos juzgando el servicio mismo, no al agente (lógica que trae de inmediato a colación las extensas discusiones sobre la dicotomía falla del servicio-falla del agente y sus criterios de distinción, la apreciación objetiva de la falla del servicio, entre otras discusiones que la circundan⁷⁶⁸), lo que nos lleva entonces al análisis de la violación del contenido de las obligaciones administrativas, una situación que permite que el debate anunciado que se produce en el derecho privado tenga repercusiones menos intensas en el derecho de la Administración.

En punto a esta reflexión final de carácter general, no podrá olvidarse el trato diferencial que recibe el incumplimiento culposo y doloso en los códigos civiles (artículos 1616 del código colombiano⁷⁶⁹ y artículo 1107 del código español⁷⁷⁰). Con todo y las dificultades interpretativas que la previsibilidad del perjuicio acarrea, lo cierto es que estos artículos evidencian un principio de una particularidad significativa por la diferencia en el monto

⁷⁶⁸ Cf. PAILLET, Michel, *La faute du service public en droit administratif français*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 136, Paris, 1980.

⁷⁶⁹ Artículo 1616. “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”

⁷⁷⁰ Artículo 1107. “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.”

de la reparación que se hace depender del comportamiento doloso o no doloso del deudor, o lo que es lo mismo, una responsabilidad agravada por el dolo. Con su parangón en países del *common law*⁷⁷¹, se desprende de aquí una consideración sobre la posibilidad de una nota punitiva en el resarcimiento del daño acaecido en las relaciones contractuales, sobre la que volveremos en el estudio de las funciones. “[...] la presencia del dolo determina una ampliación de las consecuencias dañosas resarcibles, en el sentido de que determinadas repercusiones en el patrimonio de la víctima deben considerarse como indirectas y no resarcibles, toda vez que deriven de un ilícito meramente culposo, y, viceversas, resarcibles si tienen relación con un ilícito doloso.”⁷⁷² Una lógica que por demás, para quien realiza esta afirmación, tiene aplicación tanto en materia de contratos como en la responsabilidad extracontractual. El que esta responsabilidad, que varía de acuerdo con la conducta desplegada por el autor, tenga o no cabida en derecho público, es sin duda una importante consideración que, por exceder los límites del presente trabajo, nos limitamos a dejar enunciada.

A.2. Sobre el incumplimiento administrativo⁷⁷³

Evidenciadas estas notas generales que son propias de la noción de incumplimiento, decíamos, podremos ahora centrar los esfuerzos en el estudio particular del incumplimiento administrativo en el marco de la actividad contractual.

Para comenzar habrá que señalar que si pretendiésemos hacer un ensayo de la tipología de los incumplimientos de la Administración contratante, nos enfrentaríamos a una clara reflexión puesta de presente por RICHER, pues si es verdad que una vez que la Administración asume una actividad determinada debe cumplir con las obligaciones que trae aparejada la actividad emprendida, si tratásemos de elaborar un código general que contenga esos deberes de la Administración, nos enfrentaríamos a una tarea imposible, pues “el número de obligaciones administrativas es ilimitado, su contenido depende del objeto de la actividad emprendida, objeto esencialmente variable.”⁷⁷⁴

⁷⁷¹ Cf. English Court of Exchequer, *Hadley vs Baxendale*, de 1854, donde la corte acude a la noción de daños previsibles que no sean demasiado remotos (*too remote*) para fallar el caso.

⁷⁷² VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, op. cit., pp. 318 y 319.

⁷⁷³ Cf. ALCOZ MEDINA, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 225 y ss.

⁷⁷⁴ RICHER, Laurent, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Economica, París, 1978, p. 7

Con todo, algunos intentos clasificatorios han sido propuestos en materia de incumplimientos contractuales, en especial por TERNEYRE, quien de modo particular reunió en tres grandes categorías los incumplimientos administrativos propios de la actividad de contratación: los incumplimientos de la Administración de sus obligaciones contractuales de naturaleza técnica, incumplimiento de sus obligaciones de naturaleza financiera y el ejercicio irregular de sus derechos contractuales⁷⁷⁵. De acuerdo con esta clasificación, el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de naturaleza financiera es el principal hecho generador de la “responsabilidad contractual” administrativa.

Otros ensayos de clasificación parten de una noción parcialmente diferente, pues al ser típicos incumplimientos todo comportamiento de la Administración contrario a las obligaciones del contrato o a las señaladas por la ley, la mora, al lado del incumplimiento defectuoso o el incumplimiento definitivo, son los elementos a partir de los cuales se debe realizar cualquier intento de categorización⁷⁷⁶.

La identidad de la noción de inexecución del contrato de derecho privado y del contrato administrativo, a partir del estudio del derecho positivo, ha servido a parte de la doctrina para presentar puntuales hipótesis de inexecución contractual basadas en: 1) el ejercicio irregular de una prerrogativa contractual, 2) la inexecución de una obligación, 3) el desconocimiento de un deber de lealtad⁷⁷⁷.

Del análisis de las distintos tipos de incumplimientos presentados desde la doctrina, al que simplemente nos remitimos ahora y sobre el que resolvemos no ahondar pues no constituyen más que tentativas clasificatorias de lo que en todo caso es un mundo inagotable de actividades administrativas y de particulares manifestaciones de las obligaciones de la Administración, una lectura de conjunto nos permitirá observar cómo el elemento común que los cruza es el de la configuración de una falla o funcionamiento anormal del servicio.

⁷⁷⁵ Cf. TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., pp. 77 y ss.

⁷⁷⁶ Cf. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración pública*, op. cit., pp. 126 y ss.

⁷⁷⁷ BUCHER, Charles-Édouard, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, París, 2011, pp. 29 y ss.

A.3. El incumplimiento de la Administración en su actividad contractual: una concreción de la falla del servicio

Parte de la doctrina administrativa que se ha ocupado de la identificación de la “responsabilidad contractual” de la Administración, al tiempo que reconoce un fundamento común entre la “responsabilidad contractual” y la extracontractual, señala a continuación que los criterios normativos de imputación no pueden ser los mismos, esto es, que la culpa, el riesgo, el enriquecimiento y la igualdad ante las cargas públicas, que serían los típicos factores de imputación en la responsabilidad extracontractual, no son aplicables a la “responsabilidad contractual”, donde los criterios normativos serían el principio general de buena fe y la reciprocidad en las prestaciones del contrato administrativo. De esta manera, una diferencia base de ambas responsabilidades se produce en punto a los diferentes criterios de imputación que las acompañan, esto es, de las razones concretas que justifican la obligación de reparar el daño ocasionado⁷⁷⁸.

Esta posición que identifica factores autónomos de atribución, sostenida a su vez en otros ordenamientos⁷⁷⁹, ha tenido algún grado de desarrollo jurisprudencial en Colombia donde, al hilo de los dispositivos legales del Estatuto Contractual, se refiere un listado extendido de títulos posibles de imputación en materia de “responsabilidad contractual”, diferentes a los que proceden en la responsabilidad extracontractual. “[...] en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, ‘los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos’.”⁷⁸⁰

Por demás, aunque no sea este el espacio para extenderse sobre las nociones que ven en el concepto de *ilícito contractual* una idea totalizadora de todas las situaciones que pueden ocasionar daños en la actividad de contratación de la Administración Pública, concepto que abarca incluso las situaciones que se suelen clasificar dentro de la responsabilidad administrativa de naturaleza objetiva; lo cierto es que en esta idea se funda una noción que ve en cualquier intromisión sobre el programa contractual una

⁷⁷⁸ Cf. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración pública*, op. cit., pp. 79 y ss.

⁷⁷⁹ Cf. PERRINO, Pablo Esteban, “La responsabilidad contractual del Estado”, en: *La Ley*, Buenos Aires, diciembre de 2012, quien identifica a la culpa contractual y a la existencia de un sacrificio o daño especial como los factores de atribución de la responsabilidad contractual del Estado en la República Argentina.

⁷⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118.

violación del contrato⁷⁸¹, una idea que recuerda lo expresado por CHAPUS cuando señaló que:

“Cuando una persona pública o privada contraviene una obligación que pesa sobre ella en virtud de un contrato, ella comete, hemos dicho, una culpa, que toma el nombre de culpa contractual. Esta calificación de la culpa no significa que se trate de una culpa [*faute*] particular, distinta en ella misma de las culpas cometidas fuera de esta hipótesis. La noción de culpa es una e invariable.”⁷⁸²

La tesis de los títulos de imputación como elementos diferenciadores, que justifican la dualidad de la responsabilidad, es a su vez contestada por parte de la doctrina (posición con la que por demás nos identificamos) que considera que “la falla del servicio no constituye un fundamento exclusivo de la responsabilidad extracontractual, sino también de la contractual.”⁷⁸³

De la mano de HENAO y de su presentación de la falla del servicio como la violación de una obligación a cargo de la Administración⁷⁸⁴, entendemos que los diversos incumplimientos que pueden presentarse en el desarrollo de la actividad de contratación de la Administración Pública son perfectamente acogidos bajo la noción de la falla del servicio y que este particular título de imputación es suficiente para englobar bajo su cobijo los distintos incumplimientos administrativos.

La falla del servicio tiene una importancia tal en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración que, como lo hemos señalado con anterioridad⁷⁸⁵, llega a constituir el factor de imputación por excelencia, el elemento base, el régimen común, la regla general. Entonces señalamos que la falla del servicio es en especial un incumplimiento del servicio, una desviación de su normal funcionamiento que puede tener origen en un acto material o un acto jurídico, voluntario o involuntario, puede ser el resultado de la toma de una decisión o de una omisión. Dijimos entonces, y lo reafirmamos ahora, que esta caracterización de la falla como incumplimiento de una obligación preexistente, como la violación de un contenido obligacional, permite ver fácilmente que puede tener

⁷⁸¹ Cf. OUM OUM, Joseph Frank, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, op. cit., pp. 303 y ss.

⁷⁸² CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., p. 372.

⁷⁸³ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, “Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 195.

⁷⁸⁴ HENAO, Juan Carlos, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”, en: *Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos, Libro Homenaje a Fernando Hinestroza 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 59-114.

⁷⁸⁵ Cf. *Supra*, primera parte, t. II, cap. III, I-A.

cabida y presentarse dentro o fuera de la actividad contractual. La actividad que se esté desplegando no modifica la concepción misma de la falla del servicio, la actividad en desarrollo no modifica la naturaleza ni la noción de *faute de service*, concepto de amplio espectro para cobijar las distintas obligaciones administrativas, esta, como concepto jurídico que se aplica por excelencia (tanto como que se estudia en primer lugar antes que otros criterios de imputación), es suficiente para explicar lo que ocurre con un típico incumplimiento contractual de la Administración.

Precisamente para RICHER “la *faute contractuelle* compromete la responsabilidad de la persona pública como una falla del servicio, con la diferencia que el contrato define por adelantado las obligaciones.”⁷⁸⁶ Años atrás, para el caso colombiano, GÓMEZ RODADO se pronunciaba en un sentido similar, esta vez sobre la idea de un particular incumplimiento de la Administración en su actividad contractual, la no adjudicación de un contrato, que identificaba también como una concreción de una típica falla del servicio⁷⁸⁷. Si a estas consideraciones reseñadas sumamos el hecho de que la Administración no solo tiene sus obligaciones definidas por adelantado en los numerosos contratos que celebra, sino que toda su actividad está regida por un concepto de actividad reglada, de competencia, de actuaciones sometidas a habilitación y regulaciones particulares, se entiende aún más el tratamiento que acá se propone.

El propio ESCOBAR, al desarrollar la buena fe como criterio alternativo de imputación, debe recurrir con demasiada frecuencia a la noción de obligación a cargo de la Administración que contrata, a la idea de deberes particulares que vienen impuestos por el propio principio de la buena fe, de exigencias que resultan luego quebrantadas por la Administración, como cuando elabora proyectos de contratos o pliegos de condiciones que deben reunir todas las exigencias técnicas y financieras. Una buena fe que impone deberes, puntuales obligaciones a la Administración, es un criterio muy cercano al que explora la corrección o incorrección en el funcionamiento del servicio.

Cuando estudiamos los factores de imputación vimos entonces que desde algunas lecturas estos factores han sido entendidos como el fundamento mismo de la institución de la responsabilidad administrativa. Ahora bien, incluso si nos tratamos de acercar a este peculiar entendimiento que pretende fundar en los criterios de imputación toda la institución jurídica, será de muy difícil concreción el recurso al principio de buena fe

⁷⁸⁶ RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 274.

⁷⁸⁷ Cf. GÓMEZ RODADO, Dionisio, op. cit., pp. 149 y 150.

como particular criterio, en especial dado esta nota de imposición particular de deberes que luego terminan siendo violados por la Administración.

Hemos dicho que la característica del incumplimiento es la no observancia de las obligaciones derivadas, o bien del contrato en particular, o bien del ordenamiento jurídico de manera general. El incumplimiento configura, bajo este entendimiento, una típica falla del servicio, pues no implica nada diferente a inobservar una obligación a cargo de la Administración. Dadas las obligaciones administrativas que tienen lugar en su actividad contractual, dado su contenido derivado bien del contrato, bien de otras fuentes, lo que en últimas ocurre es que los incumplimientos de las obligaciones en los que incurra la Administración en su actividad contractual configurarán un funcionamiento anormal, una falla del servicio. El entender entonces como se debe, en toda su extensión, el concepto de falla del servicio, como el incumplimiento de una obligación a cargo de una persona pública, permite concluir la identidad de estas nociones.

B. Los hechos generadores objetivos

En un trabajo publicado por DE LAUBADÈRE sobre los elementos de originalidad de la “responsabilidad contractual”⁷⁸⁸ administrativa (artículo que quizás haya significado para la “responsabilidad contractual” de la Administración lo que el citado trabajo de EISENMANN⁷⁸⁹ representó para la responsabilidad extracontractual pública) este autor sostuvo una tesis que ha tenido amplia acogida y que hoy sigue influenciando enormemente la materia. Allí señaló que para entender la verdadera originalidad de la “responsabilidad contractual” de la Administración habrá que observar que, al igual que ocurre con la responsabilidad extracontractual administrativa, en esta tiene lugar tanto una responsabilidad por *faute*, derivada de los incumplimientos contractuales, como una responsabilidad *sans faute*, derivada de las medidas regulares, lícitas, que toma la Administración contratante y que hacen la ejecución del contrato más difícil u onerosa.

Desde entonces se ha sostenido que, junto con el hecho generador subjetivo, en la “responsabilidad contractual” administrativa tienen lugar hechos generadores objetivos,

⁷⁸⁸ DE LAUBADÈRE, André, “Les éléments d’originalité de la responsabilité contractuelle de l’administration”, op. cit., pp. 383-394. Sobre el que volveremos en extenso en el capítulo siguiente para explorar los fundamentos de la institución jurídica.

⁷⁸⁹ EISENMANN, Charles, “Sur le degré d’originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, en: *Écrits de droit administratif*, Dalloz, París, 2013, pp. 413-449.

y que de esta lógica se deriva una originalidad particular de la responsabilidad pública con respecto a la privada.

Entraremos luego en el detalle de esta propuesta que tanto ha significado para el estudio de la responsabilidad administrativa en el ámbito contractual, sin embargo, señalamos ahora que en la actualidad la afamada originalidad con respecto a la responsabilidad contractual de derecho privado es hoy una idea muy rebatida, en especial luego de que desde la propia doctrina privada se sostenga una responsabilidad contractual basada en la idea de incumplimiento objetivo, donde en ocasiones el deudor será “responsable frente al incumplimiento producido con o sin culpa suya. Se le imputa no haber alcanzado el resultado que encierra toda prestación obligacional.”⁷⁹⁰ Como resultado del acercamiento entre la responsabilidad contractual y extracontractual a partir de un factor de atribución como el riesgo, se concluye una responsabilidad contractual objetiva en el derecho privado, pues basta el incumplimiento material, como consecuencia del riesgo asumido, para que se origine la responsabilidad contractual. “La culpa y la falta de culpa, en la responsabilidad contractual, al menos como regla, han perdido toda vigencia.”⁷⁹¹ Esta afirmación, que puede constituir una posición en demasía chocante para un sector de la doctrina privada, deja entrever, en el hecho mismo que hoy sea sostenida desde una parte de los trabajos especializados, un representativo cambio de dirección⁷⁹².

La gran nota de originalidad que se predica entonces de la “responsabilidad contractual” de la Administración, y que se basa en la procedencia de una responsabilidad sin culpa, lo que nos pone de presente es una lógica muy cercana al ejercicio de las prerrogativas contractuales, a los poderes que la Administración ejerce en la actividad de contratación y que están en su cabeza para la garantía del interés general. La modificación y la terminación unilaterales serían ejemplos concretos de una Administración que ocasionaría daños en el ejercicio de una actividad legítima. El título II de esta segunda parte volcará completamente su mirada sobre esta manera de estudiar estas facultades y las puntuales concreciones que esta construcción ha significado para la lectura de un

⁷⁹⁰ MOOSET ITURRASPE, Jorge, “De la imputación subjetiva a la objetiva en la responsabilidad por incumplimiento contractual”, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *Responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 120.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 121.

⁷⁹² Cf. GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad contractual objetiva”, en: Bueres, Alberto y Kemelmajer de Carlucci, Aída (eds.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 112-120.

principio que ha originado una multiplicidad de trabajos sobre la materia, el principio del equilibrio económico del contrato y de sus causales de ruptura.

Al final de este estudio sobre las condiciones de existencia, focalizado especialmente sobre lo que en teoría constituye la gran particularidad de la “responsabilidad contractual” administrativa a partir de la noción de incumplimiento, podemos sostener, de la mano de las conclusiones que han sido recientemente enarboladas para el derecho privado, donde se afirma “que no es consideración a las condiciones de existencia que la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual pueden ser distinguidas y pueda ponerse en cuestión su unidad de naturaleza”⁷⁹³, podemos sostener, en un sentido similar, que en el derecho de la Administración Pública, de ser necesaria la distinción entre la responsabilidad extracontractual y contractual, no parece ser a partir de los hechos generadores de donde pueda derivarse dicha premisa.

Tendremos también la oportunidad de ver, en el capítulo subsiguiente, que el daño resarcible no comporta ninguna identidad particular que justifique un tratamiento diferencial, razón que puede ser aplicada sobre sus elementos más representativos como los caracteres del daño y la extensión de la reparación, todas señales que hacen vislumbrar una visión unificada de la institución.

En punto a los criterios de imputación, no creemos que exista una diferencia fundamental que impida justificar el llamado tratamiento unificado, pues, de la mano del criterio de la falla del servicio acá presentado, veremos luego cómo el daño especial, la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas y en general los títulos de imputación contruidos a partir de la teoría general de la responsabilidad extracontractual, son suficientes para explicar también toda la actividad que se despliega durante la celebración y ejecución de los contratos administrativos, o lo que es lo mismo, que el funcionamiento normal o anormal del servicio puede tener concretas manifestaciones en diversas actividades administrativas, y que la naturaleza particular de la actividad no modifica en nada la construcción general, por lo que el hecho de que estemos frente a un contrato administrativo no termina siendo más que una consideración incidental frente a una construcción unitaria de la institución.

⁷⁹³ JUEEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 150.

En relación al requisito de la causalidad nos circunscribimos ahora a las “consideraciones causales” ya presentadas, capítulo que por demás, más allá de identificar un puntual presupuesto o requisito de existencia, dejó entrever que a la azarosa *causalidad* siempre hay que acudir, pero que lo que la circunda es una idea que permite subrayar el hecho de que el daño sea la causa de una particular actuación administrativa. Lo que acá habría que avanzar, a riesgo de ser en extremo reiterativos, es que el hecho de que la causa del daño sea una actuación de la Administración en un marco contractual, en nada modifica la construcción general, las consideraciones causales entonces no se alteran en absoluto cuando lo que se estudia es la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual.

Unidad de naturaleza y dualidad de régimen, esta conclusión a la que llegó en su momento BRUN⁷⁹⁴ permitió apaciguar las aguas del gran debate doctrinal iniciado en las discusiones de SAINCTELETTE y GRANDMOULIN⁷⁹⁵, debate que en todo caso está lejos de declararse concluido⁷⁹⁶. La responsabilidad extracontractual y la contractual en el derecho privado serían en abstracto una sola, ambas pertenecientes a un mismo orden de responsabilidad civil, aunque tendrían una dualidad de régimen, una dualidad técnica derivada de sus requisitos específicos. Al hilo de esta construcción podemos ahora enunciar que en punto a sus condiciones de existencia la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual se presenta efectivamente como indisoluble, como una particular manifestación de una institución unitaria, resta ahora por comprobar si existe unidad en su “naturaleza”, o mejor, explorar si existe también identidad en sus fundamentos.

⁷⁹⁴ BRUN, André, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse, Lyon, 1930.

⁷⁹⁵ Cf. *Supra*, primera parte, t. I, cap. IV, núm. II.

⁷⁹⁶ Cf. JUEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit.

CAPÍTULO III. EL FUNDAMENTO Y LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL: LA VERIFICACIÓN DE LA LESIÓN PATRIMONIAL ATRIBUIBLE COMO ELEMENTO COMÚN

Los enormes, complejos e inconclusos debates en torno a la responsabilidad extracontractual de la Administración, a sus cimientos, sus bases, fundamentos mediatos e inmediatos⁷⁹⁷, y en general las interminables discusiones que rodean la institución jurídica, son los grandes ausentes cuando lo que se estudia es la “responsabilidad contractual” desde la doctrina administrativa.

Preguntarse por los fundamentos de la “responsabilidad contractual” administrativa nos enfrenta a un panorama bastante desértico en materia de aproximaciones doctrinales. Aunque ello no sea una cuestión del todo extraña a la doctrina, pues si bien es verdad que la pregunta sobre si “debemos imaginar un fundamento específico de la responsabilidad contractual”⁷⁹⁸ ha sido efectivamente formulada, las aproximaciones obedecen más a una inquietud que continúa pendiente de ser abordada que a posiciones que aventuren una respuesta.

La certera pregunta que elevara MODERNE pulsa una profunda reflexión que, no obstante la aridez del campo desde el que se formula, no nos arroja a una fatal desolación, esto gracias a que estamos convencidos de la identidad de la institución jurídica fuera o dentro de las relaciones contractuales en las que la Administración se desenvuelve, lo que hace que cobre ahora especial relevancia y se haga evidente el recurso amplio al estudio de los fundamentos desarrollados en la primera parte de este trabajo.

I. Los ensayos de una fundamentación particularizada

En esta pesquisa en torno a los fundamentos podremos empezar por afirmar, de la mano de los raros trabajos especializados, que “los dos órdenes de responsabilidad presentan diferencias relevantes, pero no afectan a los principios ni al fundamento de la institución [...] las diversas formas de responsabilidad civil en general, y de la contractual y

⁷⁹⁷ Cf. *Supra*, primera parte, t. I.

⁷⁹⁸ MODERNE, Franck, prefacio a TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., p. VIII.

extracontractual en particular, obedecen a un fundamento único.”⁷⁹⁹, fundamento que el autor de esta cita identifica en el principio de garantía de la integridad patrimonial de los particulares.

En búsqueda de posiciones que identifiquen ese fundamento único sobre el cual elevar todo el edificio de la “responsabilidad contractual” de la Administración, escindido en todo caso del fundamento de la responsabilidad extracontractual administrativa, se debe reseñar un estudio especializado realizado por OUM sobre la “responsabilidad contractual” en Derecho Administrativo, en el cual se posiciona de manera muy concreta sobre lo que considera debe ser el fundamento específico e individualizado de la “responsabilidad contractual” administrativa, fundamento que hace coincidir con el concepto de equilibrio contractual⁸⁰⁰.

Más allá de este trabajo será ardua la tarea de encontrar pronunciamientos que traten de construir unos fundamentos concretos, particulares y propios de la “responsabilidad contractual” de la Administración, diferentes a los que serían las bases para cimentar los daños producidos fuera de las relaciones contractuales. En todo caso, y a pesar de que no se trate en estricto sentido de un análisis sobre sus fundamentos, sin duda el estudio de referencia obligado, quizá más representativo sobre la materia, fue escrito años atrás por DE LAUBADÈRE, quien exhibió una justificación sobre la llamada *originalidad* de la “responsabilidad contractual” administrativa⁸⁰¹.

Este trabajo está cruzado por un contexto de búsqueda incesante de sustantividad en la regulación de las relaciones de la Administración, por lo que el autor pretende presentar, en especial, su posición sobre lo que considera es el grado de particularismo de la “responsabilidad contractual” de la Administración en relación con la responsabilidad contractual de derecho privado.

“Para comprender esta originalidad, habría que entender que existe en la teoría de la responsabilidad contractual de la Administración –como en la de la responsabilidad extracontractual- una responsabilidad comprometida sin culpa; es la existencia misma –y la importancia- de esta responsabilidad sin culpa, la que

⁷⁹⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración pública*, op. cit., p. 47; ver también ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999, pp. 423 y ss.

⁸⁰⁰ Cf. OUM OUM, Joseph Frank, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, op. cit., en especial el t. I de la primera parte, pp. 19 y ss.

⁸⁰¹ DE LAUBADÈRE, André, “Les éléments d’originalité de la responsabilité contractuelle de l’administration”, op. cit., pp. 383-394; ver también DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. I, 2ª ed., Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 1983, pp. 749 y 761 y ss.

hace original a la responsabilidad contractual de la Administración y que la diferencia profundamente de la responsabilidad contractual en derecho privado.”⁸⁰²

Como primera medida el autor entra en el estudio de la “responsabilidad contractual” administrativa por culpa para sostener que, en punto a este tipo particular de responsabilidad, no existe grado de originalidad alguno con respecto al derecho privado, pues el concepto de incumplimiento contractual administrativo no se diferencia del concepto de incumplimiento contractual cometido por los particulares. En esta misma línea de paridad, la existencia de un perjuicio es otro de los elementos necesarios análogos a la responsabilidad exigida en el derecho privado.

Por otro lado, la presencia de una responsabilidad contractual de la Administración sin culpa, en contrapartida a la responsabilidad *pour faute*, constituye el verdadero elemento de originalidad de la “responsabilidad contractual” administrativa. Esta “responsabilidad contractual” *sans faute* aparece en escena cuando la Administración adopta medidas regulares, lícitas, que hacen más difícil u onerosa la ejecución contractual.

Cuando el autor se pregunta luego sobre qué bases reside ese derecho del contratante a ser indemnizado, trata de referir algunas fugaces apreciaciones sobre el fundamento, e identifica lo que para él es un concepto adecuado pero insuficiente, la noción de equilibrio financiero del contrato.

Al final de esta construcción se presenta la idea centro, cuya cita en extenso se justifica por sí misma:

“El principio del equilibrio del contrato juega acá en consideración a la responsabilidad sin culpa el mismo rol que juega en la responsabilidad extracontractual el principio de igualdad ante las cargas públicas: al igual que la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas sirve de fundamento en materia extracontractual a una responsabilidad sin culpa, igualmente el principio de equilibrio del contrato administrativo sirve de fundamento en materia contractual a una responsabilidad igualmente sin culpa.”⁸⁰³

En la noción de equilibrio económico encuentra el autor un fundamento para una parte de la “responsabilidad contractual” administrativa (no para toda la institución), para una de sus manifestaciones concretas, esto es, para la responsabilidad contractual sin culpa, lo que en todo caso nos deja a mitad de camino a la espera de conocer el fundamento de la otra gran porción de la responsabilidad, la que opera por *faute*, que en últimas no

⁸⁰² DE LAUBADÈRE, André, “Les éléments d’originalité de la responsabilité contractuelle de l’administration”, op. cit., p. 387.

⁸⁰³ Ibid., p. 393.

coincide con el fundamento que se presenta para la responsabilidad objetiva. De esta manera, el principio del equilibrio financiero del contrato no podrá ser en consecuencia considerado como un fundamento unificado en esta construcción doctrinal.

Como una idea final en esta propuesta, en lo referente a lo que considera el autor como dos hipótesis diferentes de responsabilidad administrativa (contractual y extracontractual), lo que las hace coincidir es la procedencia de la responsabilidad sin culpa, mientras que lo que las diferencia es el fundamento de dicha responsabilidad, pues la “responsabilidad contractual” sin culpa está fundada, no en el principio de igualdad de cargas, sino en el principio de equilibrio económico del contrato⁸⁰⁴.

El resto de trabajos especializados se dedican más a un estudio de las causas de la “responsabilidad contractual” de la Administración (a lo que hemos señalado como la identificación de manifestaciones puntuales) que a un verdadero ejercicio de caracterización de los fundamentos, aunque al paso se sostenga en algunos que es la *justicia* el fundamento último⁸⁰⁵, o se concluya que es la presencia de una persona de derecho público que se compromete en una relación contractual sin desprenderse de sus prerrogativas ni sus objetivos lo que contribuye a darle a la responsabilidad contractual una fisonomía particular⁸⁰⁶.

Por nuestra parte deberemos posponer para el título II nuestra respuesta completa frente a la posibilidad de apoyar sobre el concepto de equilibrio económico del contrato toda la institución de la responsabilidad, o bien incluso parte de ella; podemos, sin embargo, adelantar por ahora que es precisamente de esta posición de donde se ha derivado una lectura errada que ha sido desde entonces arrastrada por la multiplicidad de autores que se han pronunciado sobre el equilibrio económico; es más, creemos que es aquí donde reside parte de la explicación del porqué de la multiplicidad de trabajos y desencuentros doctrinales en torno a la noción del equilibrio y la configuración de sus causales de ruptura. Nuestra opinión, que será luego extendida cuando el desarrollo de las nociones de este trabajo nos lo facilite más adelante, es que el equilibrio no puede ser el fundamento de la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual, ni siquiera como fundamento parcial de la llamada “responsabilidad contractual” administrativa sin culpa.

⁸⁰⁴ Cf. DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. I, op. cit., p. 555.

⁸⁰⁵ FERNÁNDEZ MEJÍA, Luisa, *La responsabilidad contractual del Estado*, op. cit., p. 42.

⁸⁰⁶ TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., pp. 320 y 330.

Esta sintética mirada sobre las bases diferenciadas de la responsabilidad administrativa nos ha dejado ver que la garantía del patrimonio de los particulares, la justicia, la culpa contractual, el equilibrio económico, son algunos de los fundamentos particulares que han sido presentados para que sirvan de basamento a la “responsabilidad contractual” de la Administración. Ha llegado el momento de volver sobre nuestra propuesta inicial que privilegia el hallazgo de un común denominador por encima de las poco pacíficas discusiones en torno al fundamento último de la institución jurídica, esto con la mira puesta en avanzar en la construcción de una institución unificada.

II. La lesión patrimonial atribuible: el común denominador

Con el estudio de la *lesión patrimonial atribuible*⁸⁰⁷, que privilegiamos por encima de un eventual fundamento único, sostuvimos que su identificación provenía de constatar la imposibilidad de la doctrina de llegar a un acuerdo pacífico sobre el fundamento de la responsabilidad, esto para no recordar ya el que no exista si quiera unidad sobre lo que por el fundamento mismo debe entenderse.

Decíamos entonces que más que demostrar la existencia de un fundamento nos posicionamos sobre la necesidad de reconocer un rasgo identificativo, un elemento común, una noción que esté siempre presente, el dato transversal a toda la institución jurídica de la responsabilidad, elemento que al dejar de estar allí implicaría identificar el remanente como una situación que deba ser explicada por otra institución jurídica. Esta idea de común denominador la identificamos entonces en la *lesión patrimonial atribuible*.

Esta noción de lesión atribuible deberá ahora ser comprobada para que una construcción unificada se torne posible, pues solo en la medida en que dicha lesión se encuentre presente en las diversas manifestaciones en las que se pueda presentar la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual, se podrá construir una idea de verdadero sistema unificado de responsabilidad. Es a partir de este elemento común de donde derivamos el origen, el punto de partida, la base de una construcción de la responsabilidad administrativa que opera y acoge todas las actividades de la Administración, tanto si estas actividades se desarrollan fuera o dentro de sus quehaceres contractuales.

⁸⁰⁷ Cf. *Supra*, primera parte, t. I, cap. I.

A este punto hemos tenido la oportunidad de observar cómo el incumplimiento, la inexecución contractual, se llegó a presentar como el elemento que define y le da sustantividad a la responsabilidad patrimonial en la actividad contractual; sin embargo, el que existan daños por los que responde la Administración que no tienen su origen en el incumplimiento de una obligación contractual demuestra de entrada, y de manera suficiente, que el elemento central de la responsabilidad en la actividad contractual administrativa no puede ser dicha noción de incumplimiento obligacional.

Además, el incumplimiento, la inexecución de la obligación, no puede ser confundido con la noción de daño, no es el daño en sí mismo, son dos realidades distintas, a pesar de que la existencia del primero sugiera la presencia del segundo:

“Literalmente y fundamentalmente, la inexecución es, hay que precisarlo, el acto de no ejecutar. Es un elemento constitutivo de la culpa. El daño, en cuanto el mismo, es el mal sufrido por la víctima. Sin embargo, el acto de no ejecutar no es ese mal: están, es verdad, intrínsecamente ligados porque el uno es la causa del otro y el otro es el efecto del uno, pero, salvo que se confunda la causa con el efecto, son dos elementos distintos que tienen dos existencias propias.”⁸⁰⁸

De la mano de la doctrina privatista, y en concordancia con el entendimiento del incumplimiento como el elemento desencadenante del daño, no es menos importante probar que la Administración que ha incumplido con su obligación ha ocasionado con ello un daño e identificar que dicha lesión se atribuye al actuar administrativo. De esta manera, el acto de no ejecución no configura en sí mismo el elemento del daño, pues “el incumplimiento del contrato, no puede originar, por sí solo, derecho a reparación; es necesario que cause un daño al acreedor.”⁸⁰⁹

A pesar de la importancia de la noción de incumplimiento a efectos de perfilar la responsabilidad de la Administración en el ámbito contractual, ello no obsta para que en todo caso el contratista afectado deba siempre acreditar las consecuencias de carácter patrimonial y extrapatrimonial que ha sufrido por el incumplimiento administrativo, no es óbice para probar la existencia y extensión del perjuicio, pues si bien la falta de ejecución de la Administración tiene consecuencias, de ello no se deriva necesariamente la causación de un perjuicio, que en todo caso debe acreditarse, lógica que muestra lo significativa de la distinción de los términos.

⁸⁰⁸ JÜEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 136.

⁸⁰⁹ MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., p. 296.

La no ejecución no constituye ella misma un daño, es verdad que están íntimamente conectados, pero son conceptual y materialmente dos elementos con entidad diferente. La posición de las partes ayuda a dilucidar el eventual malentendido, pues es claro que de las dos nociones, una se estudia desde el comportamiento del deudor, la no ejecución, y la otra desde la situación que vive el acreedor, la lesión que sufre su patrimonio. El daño entonces merece un estudio y consideración especial y particular frente a la noción de incumplimiento.

Al final, pese a la importancia de la inejecución como elemento de la responsabilidad en la actividad contractual, es el daño, más exactamente, la lesión que puede atribuirse a la actividad de la Administración, el verdadero centro, el eje articulador, el elemento común (*pas de responsabilité sans préjudice*).

Vimos en su momento que con posterioridad al abandono de la culpa, el elemento que resistió en pie fue el daño, la lesión que sufre un patrimonio, pero no cualquier lesión, pues, para el caso particular del Derecho Administrativo, esta lesión debe provenir de una conducta desplegada (u omitida cuando tenía un deber de actuar) por la Administración, conducta que se ve materializada en el incumplimiento de una obligación en cabeza de la Administración, obligación que puede por demás estar o no contenida en una regulación de su actividad contractual.

Recordemos que a pesar de que el concepto mismo de lesión pudiera tener aparejado la idea de un autor, de un causante de la lesión, el que se apellide con el calificativo de atribuible viene dado por la necesidad de realizar acá un énfasis que consideramos necesario y para nada redundante, pues la lesión, para que pueda desplegar los efectos de la institución de la responsabilidad, debe ser atribuida a la actividad material o jurídica de un sujeto, en nuestro caso, a la actividad de la Administración. Llegamos a afirmar en su momento que, aunque se produzca una lesión, una afectación de un patrimonio, cuando esta no pueda ser atribuida a la actuación o falta de actuación de una Administración, inclusive si el ordenamiento jurídico ordena en ocasiones reaccionar frente a dicha afectación, la reacción que se produce no podrá hacerse bajo el cobijo de la institución de la responsabilidad patrimonial.

La lesión atribuible en este caso particular que ahora nos ocupa se produce en el marco de una actuación de la Administración que tiene como particularidad la celebración y ejecución de un contrato, pero el que las obligaciones de la Administración estén

moldeadas en un acuerdo negocial (aunque recordemos que no necesariamente el incumplimiento en la actividad contractual se deriva de las obligaciones concretizadas exclusivamente en el contrato) no hace de la responsabilidad que acá se produce una institución particular, pues no vemos alterados sus fundamentos, o mejor, no ha variado el elemento común denominador, pieza clave de identificación del sistema.

Lo determinante es que una conducta u omisión administrativa ocasione una lesión a un sujeto, no que dicha lesión se produzca en el contexto de las actividades típicas que acompañan a la actividad contractual, y decimos contexto pues incluso en la actividad contractual administrativa se producen particulares situaciones dañinas atribuibles a la actividad de una Administración que no pueden explicarse por el hecho de que exista un contrato, llegándose incluso a producir lesiones originadas por la actividad de una Administración tercera, diferente a la que celebró el contrato. No es entonces relevante a efectos del despliegue de la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial, no es significativo para que ella preste su favor y se activen con ello sus consecuencias, el que la actuación de la Administración se enmarque en un contexto determinado como la actividad contractual, por lo menos no llega a ser de tal entidad este dato (que en realidad resulta incidental), como para pretender derivar de allí toda una construcción dual de la institución jurídica.

No puede menos que llamarnos la atención el que la *summa divisio* de la responsabilidad pretenda hacerse a partir de la noción positiva o negativa del contrato, cuando en la actividad de la Administración pudiera, acogidos a esa misma lógica, encontrarse una multiplicidad de situaciones que justificarían una división *ad infinitum*. Esto es, si fuese el tipo de instrumento en el cual están vertidas las obligaciones de la Administración la fuente primigenia que justifica un tratamiento escindido, la responsabilidad patrimonial debería tener bastantes más subdivisiones, como la responsabilidad por incumplimiento de actos administrativos o reglamentos, o, si fuese el tipo de actividad que se despliega, tendríamos otra subdivisión de la institución para construir una lectura a partir de la responsabilidad por obligaciones derivadas de la actividad de fomento, o de limitación; sin embargo, estas particulares manifestaciones de la responsabilidad patrimonial están todas recogidas bajo una construcción unificada que comparte fundamentos y requisitos, la responsabilidad patrimonial construida en oposición al contrato, la llamada responsabilidad extracontractual.

No vemos en cambio por qué otro de los instrumentos en los que pueden estar vertidas las particulares obligaciones de la Administración como el contrato público, pueda, este sí, justificar tamaña división, y no vemos por qué, desde la perspectiva más general del tipo de actividad que despliegan las Administraciones Públicas, la actividad contractual no pueda tener cabida, como todas las otras, dentro de la construcción general. Lo que nos permite verificar esta afirmación es que ni el instrumento ni la actividad desplegada cambian la esencia de modo tal que justifiquen un tratamiento individualizado de la institución, no lo hacen para ningún tipo particular de manifestación de la actividad administrativa, idea que se aplica, o debería aplicarse, en toda su extensión a la actividad contractual administrativa.

Que la lesión atribuible sea un elemento de tal entidad que debe estar siempre presente no pretende desvirtuar la importancia de la concurrencia de los requisitos o condiciones de existencia, lo que hace, por el contrario, es enfatizar en la particularidad de uno de ellos, el perjuicio como condición y elemento común.

En el estudio de las condiciones de existencia de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual decidimos no avanzar en el estudio del perjuicio pues sostenemos que no comporta una entidad diferencial a las condiciones generales ya presentadas. Recordamos ahora, a propósito de la comprobación de la noción de la lesión patrimonial en la actividad de contratación de la Administración, que como elemento imprescindible de la “responsabilidad contractual” y la extracontractual, el daño tiene las mismas características tanto si se produce fuera como dentro de la actividad contractual. Por ello, a propósito de la lesión atribuible, debemos recordar que, en cuanto a la reacción frente a dicha lesión, opera *in toto* la construcción general, así por ejemplo, deben pararse mientes sobre las condiciones de existencia del perjuicio, además de recordar que, en punto a la reparación, “la reparación integral es un principio común a la responsabilidad contractual y extracontractual”⁸¹⁰.

En lo que toca a este último principio, tras haber evidenciado que desde la lectura general de la institución existen diversas excepciones al daño como la medida integral de la reparación⁸¹¹, podrá verificarse fácilmente que durante la actividad contractual también se confirma esta realidad. Con QUINTANA observamos que el TRLCSP da cuenta de uno de esos *límites legales* indemnizatorios, de unos baremos sobre el

⁸¹⁰ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 452 y ss.

⁸¹¹ Cf. Primera parte, t. II, cap. II.

resarcimiento que ocurren cuando, verbigracia, la Administración suspende el inicio de las obras por un tiempo determinado, situación que le da derecho al contratista a percibir *por todos los conceptos* una indemnización de un tanto por ciento del precio de adjudicación. Advertimos además que estos límites legales a la reparación integral también están presentes en otros ordenamientos como el argentino, donde el régimen de los contratos públicos excluye la indemnización por lucro cesante para casos puntuales contenidos en su legislación contractual administrativa.

Una manifestación de los llamados *límites judiciales* en materia de reparación del daño en la actividad de contratación puede evidenciarse en el tratamiento dispar que desde la jurisprudencia administrativa ha tenido la indemnización derivada de la no adjudicación o indebida adjudicación del contrato administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano, resarcimiento que ha transitado por diversas etapas en las que se ha pasado de reconocer el cien por ciento de la utilidad esperada, a reconocer, en ocasiones, un monto menor basado en una concepción que sostiene que el no haber empleado ningún esfuerzo laboral en la obtención de dicha utilidad debe tener un efecto a la baja sobre el monto indemnizatorio⁸¹². Las aludidas consideraciones sobre la cláusula penal y su entendimiento posible como liquidación preventiva del daño tienen un singular despliegue en materia contractual administrativa, además de las reiteradas indemnizaciones que se producen a título de pérdida de oportunidad⁸¹³.

Todas estas particularidades que atañen al común denominador de la responsabilidad son traídas ahora a colación pues permiten corroborar la idea de que el daño no adopta una entidad distinta cuando se manifiesta en la actividad de contratación administrativa. El tratamiento del principio de reparación integral, y en particular la manifestación de sus excepciones, dan cuenta, una vez más, de la dificultad de encontrar elementos sobre los que pueda finalmente tratar de erigirse una construcción divergente de la institución jurídica.

⁸¹² Cf. RICO PUERTA, Luis Alonso, “Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución jurisprudencial”, en: *Revista Opinión Jurídica*, vol. 6, núm. 11, enero-junio de 2007, Medellín, pp. 117-128.

⁸¹³ Cf. DIEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 253 y ss; MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007; ver también, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, exp. 13.792.

III. Las funciones de la responsabilidad

Condiciones y fundamentos compartidos (este último en su entendimiento más básico de común denominador) permiten avanzar decididamente en una lectura unificada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Resta observar si en lo que concierne a las funciones que presta y debe prestar la responsabilidad puede predicarse, de la misma manera, una unidad conceptual entre la “responsabilidad contractual” y la responsabilidad extracontractual administrativa, o si, por el contrario, es precisamente este elemento el que justifica la escisión.

La función principal y primigenia de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad de la Administración en particular, es la función indemnizatoria, la reparación del daño causado es la razón que explica el porqué de la existencia de esta institución jurídica. En su momento pudimos observar que la función reparadora es una idea siempre presente en la doctrina de derecho privado y de derecho público⁸¹⁴ y que, aunque pueda no ser el único objetivo al que apunta la responsabilidad, es sin duda el más preponderante, su núcleo, su corazón.

A propósito de la reflexión sobre las funciones desde el derecho privado, de donde proviene la inmensa mayoría de las discusiones sobre las responsabilidades contractual y extracontractual, se ha reflexionado sobre si la responsabilidad contractual tiene por función la de reparar, la de ejecutar (por equivalente) o la de restituir⁸¹⁵, entre otras funciones posibles.

Basados en la negación de la responsabilidad contractual, a la que se tilda de *falso concepto*⁸¹⁶, lo que algunos autores observan frente al incumplimiento de las obligaciones, en lugar de una verdadera indemnización, es la configuración de una ejecución de la obligación principal por un equivalente pecuniario.

Esta posición, ya aludida, abre de inmediato, en punto a las funciones de la institución, una inmensa discusión sobre la que solo adelantaremos algunas de sus notas más representativas, pues nos permitirán observar que los argumentos de quienes, desde el derecho privado, ven a la “responsabilidad contractual” como un imposible conceptual y

⁸¹⁴ Cf. *Supra*, primera parte, t. I, cap. II.

⁸¹⁵ Cf. JUAN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 160.

⁸¹⁶ Cf. REMY, Philippe, “La « responsabilité contractuelle » : histoire d’un faux concept”, en : *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 2, abril-junio de 1997, pp. 323-355.

le niegan por ello parte de su función reparadora, pierden gran parte de su fuerza explicativa cuando lo que se estudia es la responsabilidad de la Administración.

Para comprender cabalmente esta posición debe ponerse de presente el hecho de que los daños que se derivan del incumplimiento contractual (o del incumplimiento tardío o defectuoso) son de dos órdenes diferentes, por un lado, el no obtener la prestación prometida (precio no pagado o la cosa no entregada, etcétera) y, por el otro, las consecuencias dañinas que se derivan de dicha inexecución⁸¹⁷. Esta distinción fue particularizada por POTHIER a partir de la calificación del daño intrínseco o daño consustancial en materia contractual, en oposición al daño consecutivo a la inexecución.

Para los partidarios de la tesis de la ejecución por equivalente, esta no puede cubrir lógicamente más que el valor de la obligación prometida, esto es, los daños intrínsecos o consustanciales a la ejecución; el resto de daños, los daños extrínsecos⁸¹⁸ o consecutivos a la inexecución pueden efectivamente ser reparados, pero esto debe hacerse ya en sede de responsabilidad extracontractual, que sería la única responsabilidad real que tendría lugar, dado que los primeros solo responden a una noción diferente de mera ejecución. Desde esta posición lo que ocurre cuando se reacciona frente a los daños intrínsecos no se ajusta, en puridad, con la idea de una verdadera indemnización en sede de responsabilidad civil.

Para otra parte de la doctrina, por el contrario, frente al incumplimiento contractual nace otra obligación nueva, diferente de la obligación contractual original⁸¹⁹. “Ya no se trata más de entregar el bien al que se había comprometido [...] se trata de reparar el mal que se ha causado. No se trata más de ejecutar una obligación contractual. Se trata de ejecutar una obligación legal, de reparar el daño causado [...]”⁸²⁰. La consecuencia necesaria de esta concepción es que esta otra parte de la doctrina sí que observa una función indemnizatoria, tanto frente a los daños consustanciales como a los consecutivos, en sede de responsabilidad contractual en el derecho privado.

⁸¹⁷ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 408 y ss.

⁸¹⁸ Sobre las nociones de daños consustanciales y consecutivos se pueden consultar los trabajos de GROSSER, Paul, *Les remèdes à l'inexécution du contrat: essai de classification*, th. París I, 2000 ; « Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle », en : *Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, Bélgica, 2011, pp. 369-384.

⁸¹⁹ Cf. LARROUMET, Christian, *Droit Civil, t. III Les obligations-le contrat*, 2ª ed., Economica, 1990, pp. 580-584; MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., pp. 117 y ss.

⁸²⁰ JUEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 157.

Tuvimos ya la oportunidad de señalar que para VINEY la asimilación que hacen REMY y LE TOURNEAU de los daños y perjuicios contractuales y la ejecución por equivalente es errada por ser contraria a la tradición histórica y no ser exacta, pues lo que caracteriza a la ejecución es precisamente que lleva a aquello que ha sido prometido y no a una prestación de reemplazo, lo que hace que uno de los remedios a manos del acreedor sea claramente una expresión de la función reparadora. Se concluye, por ello, que para el derecho francés la responsabilidad sigue estando principalmente orientada a la reparación del daño, finalidad que es común a las dos ramas de la responsabilidad (la extracontractual y la contractual)⁸²¹.

Lo que vemos al final en medio del debate que tiene ocasión en el derecho privado es que los opositores del concepto de responsabilidad contractual enfatizan en el hecho de que la admisión de este tipo de responsabilidad tiene el inconveniente de ocultar la diversidad de remedios que existen frente a la inejecución del contrato. Así, mientras que solo existe un remedio frente al delito o al *quasi* delito, que es la acción de responsabilidad extracontractual, existen varios remedios frente al incumplimiento contractual: la excepción de ejecución, la ejecución forzada, la resolución y el pago de daños y perjuicios⁸²². Dependiendo de la naturaleza de las obligaciones incumplidas las prerrogativas en cabeza del acreedor varían, así por ejemplo, en las obligaciones de hacer puede solicitar que se apremie al deudor para que cumpla o puede solicitar que se le autorice a ejecutar la obligación a expensas del deudor incumplido; si la obligación es de no hacer la lógica se modifica en función de si lo que se convino en no hacer puede o no deshacerse, en fin, las reflexiones que se desprenden desde el derecho privado son de una inmensa variedad.

Esta discusión pierde mucho de su sentido y se debilita enormemente en el caso de la “responsabilidad contractual” administrativa, pues varias de esas múltiples soluciones posibles en derecho privado frente al incumplimiento contractual no lo son en derecho contractual público, en especial cuando es la Administración el extremo contractual que se estudia. Baste pensar en la imposibilidad de aplicar a la Administración la excepción de contrato no cumplido por parte del contratista para justificar en ella su incumplimiento contractual (por lo menos no como una regla general, pues el principio de la *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable con plenitud en contratación

⁸²¹ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 412 y 447.

⁸²² Cf. VINEY, Geneviève, “La responsabilité contractuelle en question”, en: Alpa, Guido, et al., *Le contrat au début du XXIe siècle*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 2001, p. 937.

administrativa, donde en todo caso procedería en situaciones muy especiales condicionadas al cumplimiento de unos requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico)⁸²³.

Piénsese también en las referidas disposiciones civiles que establecen que la parte que sufre el incumplimiento de la obligación puede, o bien demandar la ejecución forzada, o puede demandar la resolución del contrato, con la respectiva pretensión indemnizatoria de perjuicios, lo que le ofrece entonces al acreedor la ejecución forzada, o *in natura*, por un lado, o la resolución con la indemnización respectiva, por el otro. Sin embargo, sabemos que esta norma adquiere una coloración diferente en materia de la actividad contractual administrativa ante la dificultad del juez de imponer a la Administración una obligación de hacer, de ejecutar el contrato. El que en el Derecho Administrativo la ejecución *in natura* se enfrente a la enorme talanquera de las limitadas posibilidades de ordenar a la Administración cierto tipo de obligaciones, nos arroja entonces, las más de las veces, a la reparación de daños, o lo que es lo mismo, ante la imposibilidad de aplicar todo el abanico de soluciones que ofrece el derecho privado frente a los incumplimientos de la Administración, la función indemnizatoria de la responsabilidad se refuerza, está muy presente y permite una lectura de conjunto con la misma función que cumple la responsabilidad fuera de las relaciones contractuales administrativas.

Otras funciones también son observadas, sin duda la función preventiva del daño y la función sancionatoria o punitiva cuando lo que ocurre es la reacción frente a los daños que tienen lugar en la actividad contractual de la Administración. En lo referente a la función preventiva, será el momento de recordar que cuando el juez sanciona el error administrativo, que puede sin duda también derivarse del incumplimiento de las obligaciones típicamente contractuales, está demarcando lo que debe ser el comportamiento adecuado de la Administración, lo que como consecuencia necesaria ata la idea de prevención de errores futuros, pues si la responsabilidad facilita el buen funcionamiento de la Administración al sancionar comportamientos indeseados, es fácil observar que ello ocurre con independencia de que la obligación administrativa inobservada esté o no relacionada con la actividad de contratación. El prevenir

⁸²³ Cf. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *La resolución del contrato administrativo de obra*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 111 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª ed., Lex Nova, 2011, pp. 36 y ss.; DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des Contrats Administratifs*, t. I, op. cit., p. 206; RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2004, p. 382.

actuaciones indeseadas será una lógica que gobierne toda la responsabilidad administrativa, dentro o fuera de la celebración y ejecución de un contrato administrativo.

La función sancionatoria se materializa y fortalece frente a la existencia de los citados artículos de la codificación civil que excluyen de la indemnización el daño no previsible cuando la conducta no se corresponde a una actuación dolosa, pero que por el contrario suman todos los daños ocasionados cuando se ha actuado con dolo. En este espíritu de restricción del que gozan las disposiciones en las que se pretende reparar solo el daño previsible cuando se ha actuado de una determinada manera, existe, como efecto reflejo, una noción de sanción frente a una conducta que se torna más reprochable y por lo tanto genera una indemnización mayor basada en el dolo. En todo caso tendremos que decir que esta forma diferencial de reparar, que puede verse como una divergencia importante entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en el derecho privado, tiene una difícil aplicación analógica en el derecho público, no solo por lo que implica el poder llegar a predicar una actuación dolosa de la Administración, sino por la naturaleza punitiva que la circunda.

Por contera, la importancia de la función reparadora se verá adicionalmente reforzada cuando se comprenda en su cabalidad la procedencia de hechos generadores objetivos en la responsabilidad administrativa producida en la actividad contractual⁸²⁴. Dado que allí no se está sancionando conducta alguna, pues la propia licitud en el origen de la actuación así lo impide, lo que se está haciendo exclusivamente es reaccionando frente al daño, se está con ello privilegiando la función indemnizatoria de la responsabilidad.

IV. Sobre la “imposibilidad” de la unificación en el derecho privado y su repercusión en el derecho público

La doctrina privada se ha preguntado sobre la posibilidad de unificar de manera definitiva ambos regímenes de la responsabilidad civil. Enfrentados a esta perspectiva TUNC señala que la pretendida fusión debería en todo caso respetar todo acuerdo que surja entre las partes. Así, dado que los acuerdos contractuales son frecuentes y que las partes incluyen comúnmente cláusulas que precisan o reducen sus obligaciones y su

⁸²⁴ Situación sobre la que ahondaremos en extenso al desarrollar las llamadas causales de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo.

responsabilidad, estas disposiciones deben ser válidas dentro de ciertos límites⁸²⁵; tesis a la que se suma VINEY, quien antepone la idea de la protección del contrato como la única justificación de situaciones particularizadas diferenciadoras de ambos institutos⁸²⁶. En un sentido similar TAMAYO, al tiempo que señala que “desde un punto de vista estrictamente lógico el legislador podría suprimir la totalidad de las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual”⁸²⁷ (pues en el fondo es un el problema práctico y no lógico), acude también a puntuales regulaciones normativas que hacen de la total unificación una idea de difícil materialización, regulaciones como la reglamentación de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad.

Miradas en detalle estas posiciones, no son más que la comprobación de la tesis de BRUN antes apuntada sobre la unidad de naturaleza y dualidad de régimen. O mejor, de la unidad de naturaleza e identificación de regímenes con situaciones particularizadas, pues es verdad que en punto a los regímenes normativos ambas responsabilidades comparten un significativo número de elementos, tanto como que se afirme que las dos responsabilidades no solo comparten la *misma función y el mismo objeto*, sino que en su régimen jurídico son idénticas en un número importante de asuntos⁸²⁸. Si desde el derecho privado es a esta conclusión a la que debe llegarse hoy, nos parece que se alinea perfectamente con la posibilidad de la construcción de una institución unificada desde el Derecho Administrativo.

La doctrina privada más autorizada concluye que “cuando se examinan los elementos constitutivos de la responsabilidad, se advierte que, en la esfera delictual y en la esfera contractual, las soluciones son idénticas [...] Es una comprobación capital que hace que aparezca claramente que los dos órdenes de responsabilidad son instituciones de la misma naturaleza.”⁸²⁹ De aceptarse que la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho privado tiende a perder toda su importancia en la responsabilidad civil, se abre un camino aún más claro para un Derecho Administrativo que pretenda una edificación sobre fundamentos y requisitos comunes.

Incluso en contravía de los pocos pronunciamientos doctrinales que recogen para el derecho público la idea de la imposibilidad de unificación del derecho privado, pues

⁸²⁵ Cf. TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Economica, París, 1989, pp. 44 y 45.

⁸²⁶ Cf. VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 642 y ss.

⁸²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, op. cit., p. 181.

⁸²⁸ LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, op. cit., p. 581.

⁸²⁹ MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., p. 121.

sostienen que “de aceptarse una unificación total se le restaría utilidad práctica al contrato como generador de obligaciones que la ley no contempla, y de paso se suprimiría la autonomía de las partes contratantes”⁸³⁰, insistimos que cuando estas mismas conclusiones, que justificarían un tratamiento dual en el derecho privado, son rebatidas desde la misma doctrina especializada, es difícil que sean aceptados como las razones mismas de un tratamiento diferenciado de la institución en el Derecho Administrativo, en particular cuando se muestra posible y justificable un tratamiento unitario de la responsabilidad administrativa en la hora en la que se clama, por demás, por la simplificación del derecho⁸³¹.

En el derecho público, el que algunas manifestaciones de la responsabilidad de la Administración tengan un régimen legal particularizado, condensado en especial en disposiciones normativas como la LCSP, no hace de la pretensión de unificación una idea quimérica, pues si lo que verdaderamente define a la institución son sus fundamentos y sus condiciones de existencia (su fundamentos mediatos e inmediatos) y sobre estos puede evidenciarse uniformidad dentro o fuera de la actividad administrativa de contratación, las normas que regulan situaciones particulares (que por demás son también legión en una multiplicidad de situaciones fuera de las obligaciones típicamente contractuales), no son más que puntuales reglamentaciones de una verdadera institución general unitaria.

⁸³⁰ QUINTERO NAVAS, Gustavo, “Responsabilidad extracontractual del Estado por incumplimiento contractual”, en: *Urbe et ius*, núm. XII, p. 54.

⁸³¹ Cf. BRUN, Philippe, “La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle”, en: *Revue de droit d’Assas*, núm. 7, febrero de 2013, pp. 60-65.

CAPÍTULO IV. EL DAÑO (LESIÓN ATRIBUIBLE) ‘IN CONTRAHENDO’ Y EL DAÑO POSTCONTRACTUAL

Para la mejor satisfacción de los intereses generales, la Administración busca siempre identificar quien pueda ser el ejecutor más idóneo de su contrato, quien mejor pueda realizar el objeto que se ha representado, con el que pretende satisfacer de manera directa o indirecta una necesidad pública. Dado un presupuesto por definición limitado, la Administración trata de maximizar los resultados de su búsqueda a partir de las interacciones que considere necesarias y suficientes para cumplir con el propósito de atraer la atención de los proponentes más aptos, lo que le permitirá, a su vez, la selección del contratista más competente. Para identificar a este futuro contratista y trabar con él la relación contractual, la Administración debe realizar un procedimiento administrativo particular, en cuyo cause transcurren diversas actuaciones administrativas regladas que pueden, como en cualquier otra actividad que desarrolla la Administración, comprometer su responsabilidad.

Todo contrato requiere una fase previa de preparación, lógica aplicable tanto para los contratos privados como para los contratos públicos, si bien la voluntad común entre particulares puede generarse como resultado de un acuerdo más expedito. La formación de la voluntad contractual administrativa está regida de manera especial por unas normas de comportamiento, de competencia, un ciclo contractual que se enfrenta a una serie sucesiva de etapas; así, luego de una fase de identificación y delimitación de la necesidad pública, se sucede una fase de preparación y celebración del contrato, por ello “el *iter contractus* o recorrido contractual está presente también en la contratación estatal: una fase previa (tratativas – *pour parler*) o de formación, fase contractual (etapa de ejecución) y fase postcontractual (liquidaciones y perjuicios causados, garantías de estabilidad de las obras, etc.) Todo el recorrido del *iter contractus* es potencialmente dañino [...]”⁸³²

La relación de negociación, de tratativas, que se desarrolla entre los sujetos, es una relación que no es ajena al derecho, por el contrario, está normalizada por él. Existen, en consecuencia, efectos jurídicos que se derivan de las diversas conductas adoptadas por los intervinientes en la etapa precontractual. Aunque tenga plena cabida el principio de

⁸³² EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, “La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado”, en: *Memorias IV jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. La responsabilidad de la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 736.

libertad contractual, los daños que se produzcan aquí no están exentos de tener mecanismos tuitivos, lo que hace que, tanto el derecho privado como el público, reaccionen frente a las lesiones que puedan sufrir las partes durante el proceso de formación de un contrato, durante la etapa de alineación de sus voluntades. En todo caso, no puede perderse de vista que “las *conversaciones preliminares a la formación de un contrato, per se*, no generan ningún tipo de responsabilidad, es necesario para que ello ocurra que se produzcan daños a la esfera del interés de una de las partes [...]”⁸³³

I. La responsabilidad precontractual en el derecho privado: ¿responsabilidad contractual o extracontractual?

Para el estudio de los elementos de la llamada responsabilidad precontractual, es un punto de partida inexcusable la obra de JHERING⁸³⁴, quien puso en el centro del debate una reflexión sobre la insuficiencia de soluciones disponibles para enfrentar los daños que se podían ocasionar en un proceso contractual que devenía inválido, análisis que inicialmente limitó su configuración a los daños derivados de convenciones nulas o imperfectas, lo que dejaba entonces por fuera la llamada ruptura de las negociaciones. Desde su construcción se identificó a la culpa, que tiene lugar en la fase *in contrahendo*, como el elemento clave para enfrentar la reflexión, si bien se ha señalado que su propia propuesta suponía ya de alguna manera la “objetivización” de ese elemento subjetivo⁸³⁵.

“quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato [...] puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se entiende no tanto como un criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad.”⁸³⁶

⁸³³ PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Derecho de daños*, t. II, 2ª ed., Bosch, 1995, p. 776.

⁸³⁴ Cf. JHERING, Rudolf von, “‘Culpa in contrahendo’ oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, en: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, 1861, pp. 1-113. Versión en francés: “De la culpa ‘in contrahendo’ ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites”, en: *Oeuvres choisies*, t. II, París, pp. 1-100.

⁸³⁵ ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, p. 27.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 29.

En la construcción original de JHERING, de la mano de las consideraciones de MOMMSEN⁸³⁷, se establece una diferenciación que en lo sucesivo será ampliamente recurrida, esto es, los conceptos de interés positivo y negativo a efectos del resarcimiento. El autor alemán entiende que la pretensión indemnizatoria en esta etapa puede estar encaminada de dos maneras: una cosa es pretender el equivalente de la prestación prometida, el valor aproximado que habría tenido la prestación de llegar a producirse el cumplimiento, y otra diferente es que al dañado se le restablezca su situación patrimonial en la que se hallaría si no hubiese contratado, la retribución de los gastos en los que ha incurrido para afrontar de manera adecuada el proceso de negociación, reparar los daños que tuvieron lugar con ocasión de la celebración del contrato. “Por el primero se obtendría el equivalente en dinero en todo lo que se tendría en caso de validez del contrato, por el segundo, todo lo que tendría si no se hubiera celebrado el contrato nulo.”⁸³⁸

En búsqueda de un fundamento apropiado, la propuesta de JHERING explora, en primera medida, la responsabilidad extracontractual como basamento posible para explicar la reacción indemnizatoria en el período precontractual, campo que procede de inmediato a descartar pues, desde su análisis, no se cumplían los requisitos para la procedencia ni de la *actio doli*, ni de la *actio legis Aquiliae*⁸³⁹, lo que lo lleva a explorar, en consecuencia, el campo contractual, donde finalmente posiciona su construcción. Así, aunque la ausencia misma de contrato podría enervar cualquier recurso a la acción contractual, en realidad, dado que estamos en el terreno de un contrato que ha devenido nulo, “la nulidad del contrato o el hecho de que el mismo no haya podido ser perfeccionado no invalida todos los efectos emergentes del pacto sino únicamente aquellos que se refieren a la ejecución de las obligaciones contractuales”⁸⁴⁰, por lo que el contrato seguiría desplegando sus efectos al menos en lo que respecta a esta lógica indemnizatoria.

La importancia del trabajo de JHERING es de tal magnitud que en lo sucesivo la expresión de culpa *in contrahendo* por él acuñada se convertiría en una noción

⁸³⁷ Cf. SALGADO RAMÍREZ, Catalina, “Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering”, en: *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 721-758.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 748.

⁸³⁹ Cf. ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, op. cit., p. 26.

⁸⁴⁰ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, Molachino, Argentina, 1957, p. 26.

constantemente recurrida por la doctrina que después se ocupara de estudiar la responsabilidad nacida en la etapa precontractual; sin embargo, como podía esperarse, su propuesta no estuvo exenta de críticas. GARCÍA RUBIO condensa en tres concretas consideraciones los principales reproches que le han sido formulados: en primera medida, el hecho de que solo se observaban hipótesis donde el contrato deviniera nulo; en segundo lugar, el hecho de que no logre explicar la manera en que un contrato nulo pueda ser de alguna manera revivido para que surta efectos, o mejor, expresado en palabras de la propia autora, la imposibilidad de explicar “por qué un comportamiento precedente al contrato podría ser considerado como violación de las obligaciones nacidas del propio contrato”; y tercero, el hecho de apoyarse en una idea de culpa cuando parece contemplar verdaderos supuestos de responsabilidad objetiva⁸⁴¹.

Aunado al mérito propio de la construcción del autor alemán, se suma el mérito del que su obra haya incitado todo un desarrollo posterior muy significativo. Otra capital construcción vendría de la mano del italiano FAGGELLA⁸⁴², quien se pronunció sobre la construcción de JHERING para señalar la ausencia en la propuesta original alemana de una etapa que se presenta muy significativa, es la etapa precedente a la formalización del vínculo, que comprende las tratativas previas a que se emita la oferta y desde la emisión de la oferta hasta la conclusión del contrato. Para la doctrina de la época las partes podían retirarse en cualquier momento de las negociaciones sin que ello acarreará consecuencias, por ello, el gran aporte del jurista italiano está en resaltar el peso de esta primera etapa donde procede ya la responsabilidad precontractual, pues la retirada intempestiva defrauda la confianza depositada. Además de rechazar el concepto de interés negativo y de retener una visión diferente sobre alcance del resarcimiento⁸⁴³, para este autor “el fundamento de esta responsabilidad no se encuentra en la culpa, como lo suponía JHERING sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Esta violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia: basta una separación arbitraria, sin motivo, de las tratativas para que ello ocurra.”⁸⁴⁴

⁸⁴¹ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 30 y 31.

⁸⁴² FAGGELLA, Gabrielle, “Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica”, en: *Studi giuridici in onore de Carlo Fadda*, t. III, 1906, pp. 271 y ss.

⁸⁴³ Cf. GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, op. cit., p. 32.

⁸⁴⁴ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, op. cit., p. 29.

Otras posiciones, que podrían también catalogarse dentro de las llamadas tesis contractualistas, parten de una visión ampliada de la responsabilidad contractual, al identificarla, más bien, como una responsabilidad obligacional o por incumplimiento obligacional. De esta manera, dado que la buena fe y otros deberes secundarios de conducta terminan por establecer puntuales normas de comportamiento, ya desde la fase de las tratativas, al inobservar estos deberes, se incumplen obligaciones en cabeza de las partes.

Es la posición que creemos acusa parcialmente DE CUPIS, quien, aunque sostuvo que los diferentes supuestos podían ser ubicados en uno u otro campo de la responsabilidad contractual o extracontractual, señala a su vez que “antes de empezar los tratos no se está obligado a observar un comportamiento que afecte a la no iniciada fase precontractual; la iniciación de tratos es el hecho del que deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un comportamiento concorde a la buena fe.”⁸⁴⁵ Se observa, de la mano de esta posición, que lo que ocurre en realidad es que un tipo especial de responsabilidad tiene ahora cabida en la medida en que se incumplen deberes jurídicos, específicas obligaciones en las relaciones de negociación que impedirían acudir al deber genérico de no dañar a otro como la base explicativa. Esta “contractualización” de las negociaciones, tiene en todo caso el problema técnico de tener que justificarse en una etapa donde, por definición, las partes, al buscar conocerse, al empezar a identificarse, al observar y acordar las que serían las condiciones en las que van a obligarse, están en una etapa no obligatoria, pues precisamente se encuentran para definir las condiciones que van a regir su pacto, si bien tampoco pueda afirmarse que estas negociaciones sean jurídicamente irrelevantes. Al final se observa que, en todo caso, más que una verdadera responsabilidad contractual, pues el contrato no la rige ni la define, este tipo de responsabilidad responde más al calificativo de “obligacional”, toda vez que son otro tipo de obligaciones, diferentes a las contractuales, las que se están incumpliendo. Una construcción que quizás sea un camino que termine por enmarañar más el ya complejo entramado de la división entre responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho privado.

A las construcciones referidas, que se catalogan como tesis contractualistas, se enfrentan, por un lado, las tesis que pretenden dotar a la responsabilidad precontractual

⁸⁴⁵ DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità Civile*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1966. Versión en español: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1966, p. 168.

de identidad propia, que buscan clasificarla como un tercer tipo, o las que, a partir del reconocimiento de la necesidad de aproximación al tema a partir de las fuentes de las obligaciones, señalan una “naturaleza camaleónica”⁸⁴⁶; y, por otro, las doctrinas extracontractuales, últimas donde, sin duda, la doctrina francesa tiene un rol de liderazgo⁸⁴⁷. “A la tesis contractual, defendida principalmente por Ihering [...] se opone la mayoría de la doctrina francesa, que, al constar una falta anterior al contrato, ha considerado imposible la aplicación del régimen contractual y propone hacer un llamado por la responsabilidad delictual.”⁸⁴⁸

Los supuestos típicos de la responsabilidad precontractual suelen clasificarse de maneras diversas, no obstante, la ruptura injustificada de las negociaciones aparece de manera reiterada en las distintas clasificaciones⁸⁴⁹. Esto, en particular, porque sobre este puntual supuesto ha existido un avance considerable, al pasarse de una doctrina y jurisprudencia clásica que se mostraban reacias a aceptar limitaciones al principio de libertad de contratación, a una visión que se posiciona sobre la necesidad de que existan consecuencias atadas a los resultados negativos que se pueden producir en un patrimonio por la retirada intempestiva de la parte con la que se estaba en tratativas, para evitar defraudar la confianza como resultado del abuso del derecho de romper con las negociaciones.

Este supuesto, sobre el que es difícil establecer elementos de tipo general para su procedencia, en todo caso tiene una clave interpretativa muy significativa, esto es, el avance de los tratos, el desarrollo de la negociación; así, aunque *a priori* es difícil determinar el momento a partir del cual se pueda concluir que la ruptura de las negociaciones ha sido injustificada, tanto como para producir la responsabilidad de la parte que se retira, el punto de avance de la negociación, o los llamados *pourparlers avancés*, sirven como un elemento significativo de apoyo, en la medida en que la confianza depositada en el otro y en el negocio mismo avanza al ritmo que avanzan las tratativas.

⁸⁴⁶ SALGADO RAMÍREZ, Catalina, “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf Von Jhering. aproximación doctrinal”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 22, enero-junio de 2012, p. 298.

⁸⁴⁷ Un análisis de las diversas teorías extracontractuales, al igual que las contractuales, las que consideran que la responsabilidad precontractual tiene identidad propia o que observa una naturaleza mixta, se puede consultar en GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, op. cit., pp. 59 y ss.

⁸⁴⁸ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 547.

⁸⁴⁹ Cf. GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, op. cit., pp. 91 y ss.

Otro supuesto típico es el de la celebración de un contrato inválido, invalidez que suele englobar el entendimiento de la nulidad, la inexistencia, la ineficacia, que es por demás el supuesto típico sobre el que fue inicialmente elaborada la doctrina de la culpa *in contrahendo*, sobre el que ya hemos avanzado sus notas más categóricas.

En punto a la regulación legal sobre la materia, la ausencia de dispositivos normativos que regulen la responsabilidad precontractual en algunos ordenamientos como el español o el francés, contrasta con la consagración positiva de la responsabilidad precontractual en otros ordenamientos como el italiano (Código Civil de 1947, artículos 1337 y 1338) o el portugués (Código Civil de 1966, artículo 227), normas que consagran concretos deberes atados a la observancia de la buena fe, como la obligación de comunicar a la contraparte la existencia de una causa de invalidez del contrato, so pena de verse obligada a reparar el daño que su omisión cause.

Ahora bien, de la mano de los dispositivos generales que regulan la responsabilidad aquiliana, como el antiguo artículo 1382 del CC francés, se observa, en la obligación general de resarcir el daño para quien lo haya ocasionado, la base suficiente de la responsabilidad precontractual que parece explicarse perfectamente a partir de las disposiciones generales de la responsabilidad extracontractual. Después de todo, dadas las características descritas de la responsabilidad precontractual, a pesar de que para una parte de la doctrina su configuración permita identificarla como una típica responsabilidad contractual, en realidad es difícil ver que ello sea así. Creemos, en cambio, que debería (leída, para efectos de la discusión, desde la ya problemática tradicional perspectiva dual) ser excluida del ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual pues el contrato no ha nacido, no se ha perfeccionado, con gran dificultad podría entonces ser contractual una responsabilidad de este tipo.

Al final de este paso por la configuración de la responsabilidad precontractual en el derecho privado, debemos cerrar estas consideraciones señalando que, una vez más, nace un elemento que enturbia el entendimiento pacífico de la responsabilidad. La responsabilidad precontractual es una construcción sobre “la que se discute casi todo”⁸⁵⁰, nombre, naturaleza jurídica, grupos de supuestos, la respuesta indemnizatoria. A partir de la clasificación dual de la responsabilidad, la doctrina se ha dedicado a

⁸⁵⁰ VALÉS DUQUE, Pablo, “La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, en: *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios, Madrid, 2006, p. 715.

posicionarse en uno u otro campo, pero no solo la doctrina, podría incluso realizarse una categorización de ordenamientos jurídicos, donde el alemán sería el paradigma de la lectura de la responsabilidad que surge en la etapa de la voluntad contractual a través de los lentes de la responsabilidad contractual, en oposición a ordenamientos como el francés⁸⁵¹, el colombiano⁸⁵² o el español⁸⁵³, donde la doctrina y la jurisprudencia se decantan por la responsabilidad extracontractual. En todo caso, de la mano de un principio basilar como la buena fe⁸⁵⁴ entendida en su sentido objetivo, y de la diversidad de deberes que de este se desprende (como los deberes de información, de confidencialidad, de protección y de custodia⁸⁵⁵), que iluminan todo el panorama del período de negociación contractual, la discusión continuará en tanto en cuanto subsista la escisión de la responsabilidad⁸⁵⁶.

II. La “responsabilidad precontractual” administrativa

Hemos tenido ya la oportunidad de señalar el carácter comprensivo que el llamado daño antijurídico tiene en algunos ordenamientos, al erigirse como la base de una construcción totalizadora de la responsabilidad pública⁸⁵⁷. El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia es precisamente el ejemplo de una disposición de rango superior que contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado, una responsabilidad que opera en materia extracontractual, al tiempo que abarca las llamadas responsabilidades contractual, precontractual y postcontractual.

A pesar de que en todas estas denominaciones de la responsabilidad se observa una delimitación positiva y negativa a partir de la noción del contrato, veremos aquí, en punto al análisis de la llamada “responsabilidad precontractual” administrativa, una muestra adicional de la innecesaria fragmentación, una atomización que (por increíble que empiece a parecer) se amplía aún más, esta vez de la mano de dos nuevas

⁸⁵¹ Cf. JUAN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, op. cit., pp. 277 y ss.

⁸⁵² Cf. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, pp. 70 y ss.

⁸⁵³ Cf. GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, pp. 78 y ss.

⁸⁵⁴ Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

⁸⁵⁵ Cf. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 311 y ss.

⁸⁵⁶ Cf. CUADRADO PÉREZ, Carlos, “Nuevas perspectivas de la responsabilidad precontractual”, en: Pereña Vicente, Montserrat y Delgado Martín, Palmira (dirs.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Thomson-Reuteurs-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 371-393.

⁸⁵⁷ Cf. *Supra*, primera parte, t. I, cap. V.

subdivisiones que flanquean el contrato administrativo antes de su formalización e inmediatamente después de su liquidación.

La llamada “responsabilidad precontractual” administrativa tendría lugar “cuando [...] los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción u omisión atribuible a la otra parte, durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar al proponente, o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato.”⁸⁵⁸

A modo reflejo de lo que ocurre con la “responsabilidad contractual” administrativa, la doctrina especializada encuentra una nueva división de la responsabilidad pública, esta vez en una etapa anterior al perfeccionamiento y formalización del contrato, que es el momento a partir del cual se predica la etapa contractual. Esta misma doctrina especializada, que considera que los requisitos de la “responsabilidad precontractual” de la Administración son los mismos que se exigen para cualquier régimen de responsabilidad⁸⁵⁹, esto es, la acción u omisión, el daño, el nexo de causalidad y el título jurídico de imputación, encuentra en este último requisito (al igual que ocurre con la llamada “responsabilidad contractual”) una importante particularidad que le daría entidad propia a la responsabilidad que se produce *in contrahendo*.

Frente a los títulos jurídicos de imputación se sostiene que “en el ámbito de la responsabilidad precontractual de la Administración Pública, los criterios normativos de imputación no son la culpa, el dolo, o el riesgo creado [...] sino los principios de buena fe y de legalidad.”⁸⁶⁰

Buena fe y legalidad (en oposición a buena fe y reciprocidad en las prestaciones en la “responsabilidad contractual” administrativa) son los títulos jurídicos de imputación en los que ESCOBAR GIL se basa para realizar una división adicional en la lectura escindida de la responsabilidad administrativa, al añadir a la lista la llamada “responsabilidad precontractual”. Ahora bien, dado los argumentos enarbolados frente al incumplimiento y a su entendimiento como violación de un contenido obligacional, y al rechazo de la necesidad de crear títulos exclusivo y diferenciados de imputación para el caso de la

⁸⁵⁸ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, op. cit., p. 228.

⁸⁵⁹ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, “La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado”, op. cit., p. 791.

⁸⁶⁰ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., p. 229; ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 21.324.

“responsabilidad contractual” administrativa, nos remitimos ahora a lo expresado en esa materia⁸⁶¹, pues creemos se aplican en toda su extensión las razones por las que consideramos innecesario la división de la responsabilidad pública a partir de la multiplicación de sus títulos de imputación.

Las diversas obligaciones de la Administración están condensadas en una multiplicidad de instrumentos jurídicos, pueden estar contenidas en contratos administrativos, provenir de actos administrativos, de reglamentos o de regulaciones legales, supralegales, jurisprudenciales e incluso constitucionales. Dado el carácter reglado de la actividad contractual de la Administración Pública, en especial la particular regulación del proceso de selección del contratista y adjudicación del contrato, resulta más evidente que en el derecho privado la labor de identificar puntuales supuestos de responsabilidad administrativa en la fase inicial de la actividad contractual, esto pues, cuando se observa la multiplicidad de actuaciones y obligaciones en cabeza de la Administración durante la formación del contrato, es palmario concluir que su incumplimiento puede acarrear su responsabilidad, siendo la imposibilidad de escoger al contratista por la inadecuada realización del proceso de selección, la adjudicación irregular, el no perfeccionamiento de un contrato adjudicado, algunos de los supuestos disponibles.

A las anteriores consideraciones habrá que añadir las hipótesis en las que, por razones de interés general, la Administración debe renunciar o desistir del proceso de contratación, supuestos que se identifican, no con un típico caso de responsabilidad por falla en el servicio, sino que denotan una responsabilidad de tipo objetivo, como se verificará de la mano de los casos típicos que consagra el derecho español, que se enuncian más adelante.

En lo que respecta a la lógica indemnizatoria, debemos señalar que en estos casos ella varía de acuerdo al supuesto en consideración. Así, a pesar de que en las concepciones originales de la teoría, y a propósito de la división propuesta por JHERING, solo tendría lugar el reconocimiento del llamado interés negativo, es verdad que hoy en día se consideran claras situaciones donde la indemnización debe corresponder al reconocimiento del interés positivo de la contraparte de la Administración⁸⁶², como el

⁸⁶¹ Cf. *Supra*, cap. II.

⁸⁶² Cf. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, “La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado”, op. cit., p. 779.

caso en el que un contrato que ha sido debidamente adjudicado no llega a perfeccionarse por una actuación imputable a la autoridad contratante.

Además, en punto a estos eventos de responsabilidad administrativa en la actividad contractual antes de que exista formalmente un contrato, para los efectos de la indemnización será vital aquello que el proponente logre demostrar; por ello, cuando demuestre que de haber tenido lugar de manera adecuada el proceso de selección, hubiese sido él quien hubiese resultado elegido, nace para el proponente el derecho a pretender una indemnización que podremos entender integral en el sentido en que abarca la utilidad o el beneficio industrial que hubiese obtenido como ejecutor del contrato, pues de lo que se trata aquí es de reaccionar frente a la trasgresión de ese preciso derecho a ser adjudicatario. Cosa distinta ocurre cuando no se prueba que de haberse realizado de manera adecuada el proceso de selección el proponente se hubiese convertido en el seguro contratista, pues en este caso, lo que tiene lugar es el reconocimiento de una indemnización a título de pérdida de oportunidad, al haber sido precisamente el chance de participar y de ser seleccionado, el derecho que se lesiona y que delimita el concreto deber de reacción que pesa sobre la Administración.⁸⁶³

Por demás, dada la diversidad de acciones contenciosas que existen en un ordenamiento como el colombiano, la clara delimitación del *iter contractus*, esto es, la apropiada demarcación de las etapas de formación, adjudicación, celebración y perfeccionamiento del contrato, resulta de vital importancia durante la llamada etapa precontractual a efectos de determinar la acción procedente con la que se deba perseguir una pretensión indemnizatoria, un periodo precontractual que activa la acción de reparación directa por oposición a la acción contractual.

En el derecho español, como hemos tenido la oportunidad de observar⁸⁶⁴, existen puntuales supuestos indemnizatorios en el ámbito de la contratación pública, algunos de los cuales tienen una particular configuración en la llamada etapa precontractual administrativa. La doctrina especializada identifica en la responsabilidad por vulneración de la confianza creada, por incumplimiento de las normas de adjudicación y la llamada responsabilidad por necesidad, puntuales supuestos que despliegan una

⁸⁶³ Sobre la evolución jurisprudencial respecto a la cuantificación del perjuicio otorgado al proponente privado injustamente de la adjudicación del contrato, cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, exp. 13.792.

⁸⁶⁴ Cf. *Supra*, cap. I.

respuesta indemnizatoria administrativa⁸⁶⁵. El que se identifica como “el supuesto prototipo de responsabilidad por confianza”, es el referido artículo 155.2 del TRLCSP (artículo 152 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público), que señala que el ente adjudicador que renuncie a la celebración del contrato⁸⁶⁶ o desista del procedimiento, deberá indemnizar a los candidatos y licitadores. “La cancelación es legal, pero implica la inutilidad de los gastos realizados por los licitadores y candidatos. Concurren, así, todos los requisitos de la responsabilidad por confianza. Por esta razón procede indemnizarles esos gastos, que realizaron en la confianza de tener la oportunidad de obtener el contrato.”⁸⁶⁷ Otros supuestos típicos referidos por la doctrina que acá se analiza, son la protección de la confianza tras la resolución del recurso especial, la defraudación de la confianza del adjudicatario, además del que tiene lugar frente a una actuación ilegal, contraria a las normas de adjudicación, que origina, de igual manera, la indemnización de los daños ocasionados.

Los montos indemnizatorios varían, en igual sentido, de acuerdo al supuesto que tenga lugar. Por ello, mientras que la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento de adjudicación abren la posibilidad, de manera general, a la recuperación de los gastos realizados; la violación de las normas de adjudicación hace nacer el derecho a una indemnización por el interés positivo, monto que, aunque suele calcularse en un porcentaje del 6 por 100 por el llamado beneficio industrial, puede ser en todo caso mayor cuando así se pruebe. En punto a esta adjudicación contraria a derecho se discute si, además del interés positivo, debería tener lugar el reconocimiento de los gastos incurridos para la presentación de la oferta, supuesto al que se opone la doctrina por considerar que si el contrato se hubiese adjudicado correctamente, en todo caso el proponente habría incurrido en estos gastos, por lo que su reconocimiento puede llegar a constituir una reparación en exceso⁸⁶⁸.

Finalmente, vale la pena reseñar que la propia doctrina que acá se estudia sostiene que los diferentes supuestos indemnizatorios referidos se pueden explicar “a partir de los

⁸⁶⁵ Cf. DIEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, op. cit., pp. 277 y ss.

⁸⁶⁶ La Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público no se refiere ya a la renuncia, sino a la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público.

⁸⁶⁷ DIEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, op. cit., p. 283.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, pp. 289 y 291.

presupuestos generales de la responsabilidad”, por lo que para su estudio se debe acudir “al régimen general de la responsabilidad.”⁸⁶⁹

Vemos en estas afirmaciones concretos apoyos para avanzar en la pretensión de unificación de la responsabilidad administrativa también cuando lo que tiene lugar es la llamada “responsabilidad precontractual” de la Administración. Después de todo, incluso desde la propia doctrina privada española se concluía que “en realidad, la idea de responsabilidad precontractual en ordenamientos con una amplia fórmula de responsabilidad extracontractual no era imprescindible, en la medida en que los supuestos podían configurarse directamente como ilícitos aquilianos.”⁸⁷⁰

Creemos que la utilidad del concepto de *lesión atribuible* como elemento de identificación del sistema, resulta una vez más de denotada utilidad en esta etapa particular de la actividad contractual. Por ello, si no existe lesión en el patrimonio del proponente o si esta no puede ser atribuida a la actuación de una autoridad pública, no tendrá lugar la responsabilidad patrimonial de la Administración en la actividad contractual, en este caso, en la fase inicial del ciclo contractual. Al ser la noción de *lesión atribuible* perfectamente aplicable en esta etapa, se hace evidente la falta de necesidad de la lectura escindida de la responsabilidad, sea precontractual, contractual o extracontractual.

A. La fase precontractual y el derecho europeo

Durante la etapa de preparación, adjudicación y celebración del contrato, superada cualquier posibilidad de lectura fraccionada de la responsabilidad administrativa, mayor interés tiene el observar (aunque solo sea para resaltar la importancia de los mecanismos tuitivos) los instrumentos de derecho comparado que han sido elaborados para conseguir una mejor protección de la garantía de los intereses de quienes concurren a un procedimiento de selección.

Con anterioridad a que se celebre el contrato, una serie de mecanismos, de inspiración preponderantemente europea, pretenden reforzar la protección de los competidores. Son medidas que apuntan a modular el procedimiento de selección y adjudicación con miras, principalmente, a introducir mecanismos tuitivos adecuados y oportunos que puedan

⁸⁶⁹ *Ibid.*, pp. 267 y 277.

⁸⁷⁰ ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, op. cit., p. 294.

operar a tiempo, antes que se formen y consoliden situaciones jurídicas, instrumentos que demuestran que “el Derecho europeo ubica una garantía reforzada de tutela en la fase precontractual.”⁸⁷¹

No obstante superar nuestro objeto de estudio, no podemos dejar de reseñar la modulación que algunos ordenamientos han tenido como resultado de diversos instrumentos de derecho europeo. Un ejemplo claro de ello lo constituye el mecanismo derivado de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Alcaltel Austria* de 1999⁸⁷², pronunciamiento de donde se ha derivado el deber de los Estados de introducir un plazo de espera entre la adjudicación y la celebración del contrato que proporcione un tiempo suficiente para que los afectados por la decisión puedan reaccionar, una disposición que luego fue recogida por la Directiva 2007/66/CE⁸⁷³.

De un modo general, las diferentes regulaciones provenientes del derecho europeo pretenden, en la fase precontractual, el establecimiento de recursos efectivos para quienes participan en los procesos de selección, por ello, de la mano de medidas como el plazo de espera, se agregan obligaciones como el deber de información a los competidores afectados por el sentido de una adjudicación⁸⁷⁴.

Observados de manera concreta, un ordenamiento como el español ofrece una oportunidad para analizar el modo en que han hecho su arribo algunos de los mecanismos tuitivos. Nos referimos al recurso administrativo especial en materia de contratación, regulado por los artículos 44 a 60 de la LCSP (40 a 49 del TRLCSP), que se aplica frente a determinados actos que tienen lugar en una típica etapa precontractual como lo son el anuncio de la licitación, los pliegos, documentos contractuales y específicos actos de trámite en algunos contratos administrativos⁸⁷⁵. La importancia

⁸⁷¹ DIEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, op. cit., p. 126.

⁸⁷² STJUE de 28 de diciembre de 1999, C-81/98.

⁸⁷³ Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

⁸⁷⁴ Cf. DIEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, op. cit., pp. 123-125.

⁸⁷⁵ Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 142-146; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 628-632; GIMENO FELIU, José María, “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, en: Gimeno Feliu, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-260; TORNOS MAS, Joaquín, “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas”, en: *Contratación administrativa práctica*, núm. 59 de 2006, pp. 45-51; FONT I LLOVET, Tomás,

capital de esta regulación deriva, no solo de la existencia misma de los recursos, que pretenden una protección reforzada inmediata y eficaz de quienes participan en los procedimientos de selección, sino de los llamados aspectos orgánicos que tocan el carácter administrativo (por oposición a la alternativa jurisdiccional) de la estructura de los órganos encargados de resolver estos recursos⁸⁷⁶ (que a nivel de la Administración General está en cabeza del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), además de la posibilidad de adaptación de medidas cautelares, la suspensión del procedimiento ante la interposición del recurso, la anulación del acto recurrido y la imposición de una obligación indemnizatoria por los daños y perjuicios que la infracción legal hubiese podido acarrear. Hemos dicho que excede el objeto de estudio de este trabajo; sin embargo, consideramos de una importancia comparada muy significativa para un ordenamiento como el colombiano, el que se observe el origen, la configuración y evolución de los recursos, desde la primigenia llamada directiva de recursos⁸⁷⁷, hasta el análisis de las numerosas decisiones que han proferido los diversos órganos especializados a nivel estatal y autonómico.

III. Sobre la responsabilidad postcontractual

A este punto será fácil anticipar nuestra posición sobre la llamada responsabilidad postcontractual, donde no encontramos un compartimento estanco que justifique una lectura atomizada de la responsabilidad administrativa. Ahora bien, frente a algunas puntuales consideraciones que sobre la etapa postcontractual corresponda realizarse, debemos comenzar por advertir que la materia parece tener especial sentido en el derecho privado de una manera diferenciada para el acreedor y el deudor de la obligación principal en tipologías contractuales específicas, pues, una vez se han cumplido las prestaciones principales de un contrato, se despliega una serie de puntuales supuestos que se refieren principalmente a la responsabilidad que pesa sobre el ejecutor del negocio, quien se compromete con la calidad y estabilidad de sus obras, al tiempo

“Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en: Cosculluela Montaner, Luis (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1451-1470.

⁸⁷⁶ Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, op. cit., pp. 41 y ss.

⁸⁷⁷ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

que se activan las respectivas garantías que fueron otorgadas por él con la pretensión de respaldar su labor.

Al finalizar las prestaciones principales, surge la necesidad de observar si las que fueran partes del contrato siguen vinculadas de alguna manera con algún deber u obligación. Aunque el tipo de contrato celebrado juega un papel preponderante para la clase de respuesta que se aventure, la llamada *garantía decenal* es quizá el elemento más representativo de la responsabilidad patrimonial que tiene lugar una vez se ha ejecutado el contrato. En el ordenamiento español el artículo 1591 del CC y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, son los dispositivos que consagran la responsabilidad de los constructores una vez han concluido su obra⁸⁷⁸. La responsabilidad por la ruina del edificio, los vicios que impidan su habitabilidad o por vicios de ejecución en el acabado, son los ejemplos de las reacciones indemnizatorias que pueden tener lugar con posterioridad a la conclusión de un contrato.⁸⁷⁹

En lo que toca a los supuestos de responsabilidad patrimonial que tienen lugar con posterioridad a la ejecución del contrato público, una vez liquidado el contrato (momento que marca el inicio de la fase postcontractual), su consideración no es muy diferente a las referidas lógicas del derecho privado. La responsabilidad que se suele analizar es aquella que está en cabeza del contratista privado (donde entran en escena las diferentes garantías otorgadas durante la etapa de celebración y ejecución del contrato) y no la responsabilidad de la Administración, limitando en extremo los casos, que al tiempo que nos resultan extraños y difíciles de concebir, nos recuerdan que las lesiones que sufra el privado, que puedan ser atribuidas al actuar de la Administración, deberán tener una respuesta indemnizatoria a partir de la construcción general de la responsabilidad administrativa.

La llamada garantía decenal es precisamente una mención, aunque breve, de la llamada responsabilidad postcontractual que en Derecho Administrativo realiza la doctrina especializada⁸⁸⁰, una responsabilidad que se opone en todo caso a la “responsabilidad contractual”, pues el contrato ha desaparecido⁸⁸¹. Por ello, el ámbito de aplicación de la

⁸⁷⁸ Cf., también, Código Civil francés, artículos 1792 y ss. y Código Civil colombiano, artículo 2060.

⁸⁷⁹ Cf. MONSERRAT VALERO, Antonio, *Responsabilidad civil por vicios en la construcción*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

⁸⁸⁰ Cf. CHAPUS, René, *Droit Administratif général*, op. cit., p. 1219.

⁸⁸¹ Lo que no hace que las discusiones sobre su naturaleza contractual o extracontractual estén ausentes. Cf. BENITÉZ, Nicolás, “Responsabilidad postcontractual y deberes secundarios de conducta”, en:

garantía decenal, “que no tiene un carácter contractual, aunque presuponga la existencia de un contrato”⁸⁸²; el momento de recepción de las obras y los efectos de esa recepción; el tipo de obra a la que se aplica; la presunción responsabilidad y el modo de reparación del perjuicio; son los elementos que van atados al análisis de esta responsabilidad decenal⁸⁸³, que dejan ver, a las claras, una responsabilidad en cabeza del ejecutor, del contratista privado.

Parte de la doctrina añade el incumplimiento del deber de liquidar el contrato en los términos legales establecidos como un supuesto de responsabilidad postcontractual⁸⁸⁴. No obstante, una doble dificultad enfrenta esta subdivisión. En primera medida, si no ha tenido lugar la liquidación del contrato, difícilmente puede predicarse una responsabilidad de tipo postcontractual pues es precisamente la liquidación el momento a partir del cual se inicia la fase del pos-contrato. De manera adicional, si lo que ocurre es un incumplimiento, vemos que lo que se configurará es una típica falla o funcionamiento anormal del servicio, por la que debe responder la autoridad contratante. Por esto, si lo que sucede es que se presenta un retardo en la liquidación del contrato imputable a la Administración del que puedan predicarse daños, lo que ha ocurrido es que se configuró una *lesión atribuible* a la entidad administrativa contratante.

En la etapa postcontractual, en el pos-contrato, esto es, después del contrato, se revive, en toda su extensión, la responsabilidad fuera del contrato, la responsabilidad construida como una categoría negativa frente al contrato, esto es, la responsabilidad extracontractual. Liquidado el contrato, de llegar a realizarse ejecuciones materiales, habría desaparecido el respaldo para justificar reconocimientos económicos, desaparecida la causa jurídica, entra en escena otra institución, el enriquecimiento sin causa, que pasamos de inmediato a estudiar para observar los límites de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual.

⁸⁸² RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 290.

⁸⁸³ Cf. *Ibid.*, pp. 298-297.

⁸⁸⁴ Cf. FERNÁNDEZ MEJÍA, Luisa, *La responsabilidad contractual del Estado*, op. cit., p. 81.

CAPÍTULO V. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, LA ASIGNACIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO Y SUS RESPECTIVAS CONFIGURACIONES: ELEMENTOS QUE PERMITEN EXCLUIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Desde una lectura de la clasificación jurídica de las fuentes de las obligaciones⁸⁸⁵, el contrato ha sido objeto de especial atención doctrinal cuando se le compara con otra de las fuentes que conforman esta tradicional categorización, esto es, con los cuasicontratos⁸⁸⁶. Al interior de esta singular fuente de las obligaciones, la gestión de negocios ajenos y el pago de lo no debido engloban, al lado del enriquecimiento injusto o sin causa, los cuasicontratos que tienen lugar tanto en derecho privado⁸⁸⁷ como en público⁸⁸⁸, siendo la última de las tres construcciones “de lejos la más importante tanto en sus aplicaciones teóricas como en sus aplicaciones prácticas.”⁸⁸⁹

I. El enriquecimiento sin causa de la Administración Pública

A diferencia de la agencia oficiosa o gestión de negocios y del pago de lo no debido, el enriquecimiento sin causa no contiene regulación alguna en códigos civiles de herencia francesa; sin embargo, a pesar de su falta de consagración positiva, el enriquecimiento sin causa es un instituto de tal importancia que se considera como un principio general de derecho y fuente generadora de obligaciones, una fuente de entidad equivalente a la ley o al acuerdo de voluntades.

⁸⁸⁵ Código Civil colombiano, artículo 1494: “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” Código Civil español, artículo 1089: “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”

⁸⁸⁶ Categoría que ha sido catalogada como un monstruo legendario del que habría que deshacerse en el vocabulario jurídico, al tiempo que se le tilda de constituir un “error histórico”. Cf. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de obligaciones*, 21ª ed., Marcial Pons, 2017, p. 260.

⁸⁸⁷ Cf. ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2017, pp. 225 y ss; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. II, t. 2, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 291 y ss.

⁸⁸⁸ Cf. MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, París, 1995; REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995; SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1986, pp. 579-582; BAYLE, Gabriel, *L'enrichissement sans cause en Droit Administratif*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 111, París, 1973; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, 9ª ed., Sirey, París, 1963, pp. 632-636.

⁸⁸⁹ MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, op. cit., p. 35.

Los distintos desplazamientos entre patrimonios deben estar fundados en una causa o razón que se mira como justa, por ello “cuando una atribución no está fundada en una justa causa, el que ha recibido la atribución debe restituir. Correlativamente surge una acción a favor del empobrecido para obtener o reclamar dicha restitución.”⁸⁹⁰ Se observa que bajo el cobijo de este instituto, “la acción de enriquecimiento sin causa persigue reparar los efectos de la injusta situación producida por el empobrecimiento de una persona, a costa de otra que se enriquece, sin mediar justa causa, buscando volver el reequilibrio económico de quienes han visto alterado su patrimonio.”⁸⁹¹

Los requisitos que deben concurrir suelen ser identificados por la doctrina en los siguientes términos: un enriquecimiento que experimenta el demandado, bien sea mediante el aumento de su patrimonio, bien porque ha evitado su disminución; el correlativo empobrecimiento del demandante, bien sea por una pérdida patrimonial o por una ganancia frustrada; la relación causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor; la inexistencia de una causa o justificación jurídica; el carácter subsidiario de la acción (último requisito sobre el que no existe acuerdo doctrinal)⁸⁹².

En su momento señalamos los límites entre las instituciones del enriquecimiento injusto y de la responsabilidad administrativa. A diferencia de la agencia oficiosa y del pago de lo no debido, el enriquecimiento sin causa no tiene una regulación normativa, lo que hace que tenga una vocación “más maleable que lo lleva a invadir otros sectores del Derecho Administrativo de las obligaciones, especialmente la responsabilidad y los contratos.”⁸⁹³ Vimos entonces que la expansión del enriquecimiento sin causa ha sido de tal magnitud, que la doctrina más autorizada observó en él una causal de imputación de la responsabilidad administrativa⁸⁹⁴. Sin embargo, estamos convencidos que aquí nos enfrentamos a una fuente autónoma de las obligaciones⁸⁹⁵, que ha sido forjada y ocupa

⁸⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 299.

⁸⁹¹ ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 233.

⁸⁹² Cf. ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, op. cit., pp. 233 y 234; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pp. 302-304; MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, op. cit., pp. 41 y ss.

⁸⁹³ MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, op. cit., pp. 58 y 59.

⁸⁹⁴ Cf. *Supra*, primera parte, t. II, cap. V.

⁸⁹⁵ Posición que ha sido sostenida por REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, op. cit., pp. 245 y ss.

un lugar significativo en el Derecho Administrativo, una noción que, por demás, ha adquirido derecho de ciudadanía en la jurisprudencia administrativa⁸⁹⁶.

Los casos en los que procede una acción de enriquecimiento sin causa son variados, no obstante, frente a la actividad contractual de la Administración este principio ha tenido una notada aplicación⁸⁹⁷. “Se trata, por lo general, de supuestos de contratos inexistentes o nulos en los que la Administración se beneficia de obras o suministros por un aparente contratista que los realiza sin vínculo o título jurídico suficiente.”⁸⁹⁸ Con todo, no debe olvidarse que “su alcance es general y no se limita a la materia contractual.”⁸⁹⁹

Algunos de los ejemplos más típicos son el resultado, bien de la falta general de validez del contrato, donde entran en consideración la falta de perfeccionamiento, la falta de autorizaciones de entidades competentes, la nulidad del contrato público; bien de un contrato regularmente ejecutado sobre el que el contratista continúa realizando prestaciones, o bien de un contrato donde se realizan trabajos suplementarios que exceden el cuadro contractual. Todos son ejemplos de situaciones que han permitido que el contratista privado acuda a la *actio de in rem verso* para obtener, en aplicación del principio y fuente del enriquecimiento sin causa, el reconocimiento económico de prestaciones que fueron ejecutadas sin el respaldo de un contrato.

Precisamente, frente a la naturaleza de esos reconocimientos económicos que se basan en la aplicación del enriquecimiento sin causa administrativo, la doctrina se ha preguntado si configuran una responsabilidad contractual, extracontractual o una fuente autónoma de las obligaciones.⁹⁰⁰ Un interrogante que se suele contestar, de la mano de un amplio respaldo jurisprudencial, con la identificación de la institución como una fuente independiente de las obligaciones administrativas. Justamente, esta tesis que sostiene que el enriquecimiento sin causa es fuente autónoma, tiene un manifiesto respaldo jurisprudencial:

“[...] en aquellos supuestos en que se despliega una actividad a favor de una entidad pública, sin que medie la existencia de contrato estatal no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la órbita contractual, puesto que, precisamente, hay una

⁸⁹⁶ Cf. MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, op. cit., p. 38.

⁸⁹⁷ Cf. BAYLE, Gabriel, *L'enrichissement sans cause en Droit Administratif*, op. cit., pp. 49 y ss.

⁸⁹⁸ COSCULLUELA MONTANER, Luis “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre-diciembre de 1977, p. 191.

⁸⁹⁹ COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 464.

⁹⁰⁰ Cf. GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 2013, pp. 617 y ss.

ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos no genera como tal un perjuicio o lesión al particular [...] ⁹⁰¹

Al hilo de los pronunciamientos del juez contencioso se observa entonces que, al tiempo que la falta de existencia de un contrato excluye el recurso a la vía contractual, la falta de la *lesión atribuible* al actuar administrativo, impide el recurso a la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que implica que para su reconocimiento debamos acudir a una noción que se halla extramuros, si bien se considera vecina de la responsabilidad patrimonial ⁹⁰².

Una particularidad muy representativa de la construcción administrativa del enriquecimiento sin causa está dada por la introducción de la necesidad de que las prestaciones ejecutadas representen *utilidad* de la cual la colectividad pública contratante pueda beneficiarse ⁹⁰³. Construcción sustantiva que le agrega un elemento de especialidad ⁹⁰⁴, pues permite que se refute, a pesar de su ejecución material, el reconocimiento de prestaciones que no representan ningún provecho para la comunidad ⁹⁰⁵.

Se observa en consecuencia que nos ubicamos frente a una institución con una decidida aspiración por la equidad, que “juega un rol de reequilibrio de situaciones jurídicas ausentes de causa” ⁹⁰⁶, que entra en escena cuando se han extinguido las otras posibilidades de obtener justicia. A pesar de estas altruistas pretensiones, el uso, y en especial el abuso del enriquecimiento injusto, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a revisar los límites de su aplicación.

⁹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 35.026.

⁹⁰² Una posición contraria, que observa en los típicos casos acá referidos el despliegue de la responsabilidad administrativa, es sostenida por HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia, “Contratación y enriquecimiento sin justa causa”, en: Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge Iván (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 423-466.

⁹⁰³ Cf. BAYLE, Gabriel, *L'enrichissement sans cause en Droit Administratif*, op. cit., pp. 138 y ss; MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, op. cit., pp. 73-75 y 104.

⁹⁰⁴ Sobre la autonomía y el particularismo del principio del enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo se puede consultar a REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, op. cit., pp. 93 y ss.

⁹⁰⁵ Situación que nos recuerda el citado artículo 48 del Estatuto Contractual colombiano, que exige, para el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas frente a un contrato nulo, el que la entidad estatal se haya beneficiado y únicamente hasta el monto de dicho beneficio.

⁹⁰⁶ BAYLE, Gabriel, *L'enrichissement sans cause en Droit Administratif*, op. cit., p. 70.

En la doctrina española se pueden encontrar posiciones extremas que rechazan cualquier tipo de abono al contratista por una obra realizada sin soporte contractual, incluso si la obra puede servir al público⁹⁰⁷. A pesar de este llamado, “lo cierto es que la jurisprudencia recurre una y otra vez a la noción de enriquecimiento sin causa para, al tiempo que permite a la Administración conservar las prestaciones recibidas (incluso cuando su restitución fuera posible), compensar al contratista afectado por el empobrecimiento que dicha decisión pueda acarrear.”⁹⁰⁸

Esta perspectiva, que pretende poner coto al recurso indiscriminado al principio del enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia administrativa (posición catalogada, al tiempo, de maximalista y necesaria para terminar con una práctica indeseada), ha sido objeto de un considerable tratamiento jurisprudencial sobre el que merece la pena detenerse.

A. Los límites al enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana

Luego de un vaivén jurisprudencial sobre el reconocimiento y aplicación del enriquecimiento sin causa por parte del juez administrativo⁹⁰⁹, el Consejo de Estado, en sentencia de 19 de noviembre de 2012⁹¹⁰, unificó su jurisprudencia sobre la configuración del reconocido principio.

Debe advertirse de manera previa que, de modo similar a lo ocurrido en otros ordenamientos, se había llegado a pervertir el que consideramos unos de los instrumentos más admirables que ha sido concebido por la doctrina y la jurisprudencia para hacer valer consideraciones de equidad, para hacer operar la justicia. El abuso y la corrupción de la institución llegaron a tal nivel que fue entonces necesario una intervención del juez administrativo que limitara el alcance de la figura, una

⁹⁰⁷ Cf. RIVERO YSERN, Enrique, “Procedimiento y contrato administrativo. Reflexiones sobre los contratos verbales de ejecución de obras y el enriquecimiento injusto”, en: Cosculluela Montaner, Luis (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 584.

⁹⁰⁸ BACA ONETO, Víctor Sebastián, *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 363.

⁹⁰⁹ Sobre la evolución jurisprudencial en la materia se puede consultar a GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, op. cit., pp. 627 y ss.

⁹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897. Sobre el fallo y su importancia se puede consultar a IBAGÓN IBAGÓN, Mónica, “Enriquecimiento sin causa. Acción de ‘in rem verso’”, en: Ospina Garzón, Andrés (edit.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 201-210.

intervención que quizás, a pesar de las acertadas justificaciones que buscaban limitar el recurso excesivo al enriquecimiento sin causa, podrían terminar por desnaturalizar la institución, de llegar a aplicarse de manera irrestricta.

De acuerdo a la jurisprudencia, las limitaciones a ese recurrente uso del principio del enriquecimiento sin causa vienen dadas por la necesidad de observar los requisitos legales que intervienen en la celebración de un contrato administrativo, que deben ser acatados por ambos extremos de la relación contractual, y que al constituir solemnidades (como el requisito de que el contrato conste por escrito), no son disponibles en la medida en que constituyen reglas de orden público, lo que en últimas impide que a través del ejercicio de la *actio de in rem verso* se pretenda contrariar una norma imperativa.

Como resultado de la unificación jurisprudencial, salvo de manera excepcional, el enriquecimiento sin causa no procede para reclamar el pago por obras, bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato que así lo justifique, excepcionalidad que tendría cabida en tres supuestos concretos: a) “cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal” b) en los que es urgente adquirir bienes, servicios u obras para prestar un servicio que pretenda evitar una amenaza o lesión inminente e irreversible del derecho a salud c) cuando debiéndose declarar una urgencia manifiesta, la Administración omite la declaratoria y procede a solicitar la ejecución de prestaciones sin contrato escrito.

Esta posición adoptada por la sentencia de unificación no resultó en todo caso ser tan unificadora, lo que puede evidenciarse en los distintos salvamentos de voto y en las consideraciones críticas que han sido enarboladas desde la doctrina, que han tildado los supuestos de “restrictivos y escasos para la abundancia que ofrece la casuística, además porque son excesivamente limitados en su caracterización.”⁹¹¹ A propósito de uno de los salvamentos de voto realizados sobre la sentencia en estudio, se discute si el primer supuesto no daría lugar más bien a un típico supuesto de responsabilidad subjetiva de la

⁹¹¹ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, op. cit., p. 665.

Administración, pues “no se genera un desplazamiento patrimonial ausente de motivo o razón que enriquece a una de las partes y empobrece correlativamente a la otra – produciendo, de paso, una situación de inequidad–, sino que se estructura una clara falla del servicio que puede, incluso, rayar en conducta sancionable por la legislación penal, lo que haría totalmente improcedente alegar un enriquecimiento sin causa”⁹¹². Un debate que, aunque deba avanzarse en otro lugar, deja ver la importancia de continuar con la delimitación de las instituciones en juego.

II. La asignación contractual del riesgo y la exclusión de la responsabilidad administrativa

La concepción y conducción del riesgo contractual es un tema de creciente interés para el Derecho Administrativo, un elemento de tal entidad que permite que a su alrededor se realicen construcciones diferenciadas de tipologías contractuales, como ocurre con los contratos de concesión a partir de la necesaria presencia del riesgo operacional, una noción de renovada atención por su reciente adopción en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁹¹³.

La problemática inicial a dilucidar, que es sin duda la más trascendente, es el correcto entendimiento del riesgo contractual, pues normalmente se le asocia a una categoría en extremo generalizadora que casi lo despoja de su contenido jurídico, una noción que se identifica con la idea de peligro, de incertidumbre, lo que hace que se le vea como una mera situación negativa⁹¹⁴, aunque ello no permita avanzar realmente en su configuración.

Leído desde esta visión general, el riesgo no puede ser acogido en un ordenamiento, por lo que debe entonces llenarse de un contenido jurídico a efectos de que represente un

⁹¹² Salvamento de voto, consejera Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897. En el mismo sentido se pronuncia HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia, “Contratación y enriquecimiento sin justa causa”, op. cit., pp. 460 y 461.

⁹¹³ La asignación contractual de un riesgo como el riesgo de demanda, le ha servido a la doctrina para avanzar sobre una lectura diferenciada de la naturaleza conmutativa o aleatoria del contrato de concesión, que se hace depender del extremo contractual al que le sea asignado. Cf. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, “La conmutatividad y aleatoriedad del contrato de concesión en Derecho Administrativo”, en: *X jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 415-463.

⁹¹⁴ Cf. PEZ, Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 274. París, 2013.

real provecho para la ciencia jurídica⁹¹⁵. Es precisamente desde la necesidad de colmar su contenido técnico de donde se parte para comprender que, si bien el riesgo constituye un evento incierto, elementos como su previsibilidad hacen precisamente que las partes de un contrato puedan acudir a él para terminar de configurar su relación obligacional.

Las partes, en su proceso de negociación contractual, identifican aquellas situaciones que de llegar a presentarse pueden afectar sus previsiones patrimoniales, por esto, a partir de la intención de las partes el riesgo se identifica para luego ser asignado, para ser asumido como parte integral del contenido de sus obligaciones.

El riesgo contractual siempre se observa a efectos de determinar la parte del contrato que debe asumirlo, se identifica con miras a su repartición. Para ello, el elemento de previsibilidad del riesgo se convierte en un elemento de la definición misma, una definición que identifica el riesgo como un evento incierto, que ha sido efectivamente previsto por las partes o que normalmente debió haber sido previsto por ellas⁹¹⁶.

Lo que está por fuera de los riesgos que fueron previstos, o debieron haberse previsto y asignado en los contratos, se ubican en el campo extracontractual, por ello se afirma que el riesgo termina donde la imprevisión comienza. Debe en todo caso tenerse presente que los riesgos no solo constituyen eventualidades negativas para los patrimonios involucrados, sino que, por el contrario, pueden también constituir eventualidades positivas.

El elemento más central sobre el que deben pararse mientes es el hecho de que el riesgo que pesa sobre las partes, de llegar a materializarse, implica para quien lo ha asumido dentro de sus obligaciones el tener que enfrentar las consecuencias sobre su patrimonio, por lo que los riesgos entendidos en su correcta configuración contractual se excluyen, por definición, de la responsabilidad patrimonial. Un riesgo asumido que acaece no da paso a una pretensión de responsabilidad patrimonial (incluso en la visión que sostiene la existencia de una responsabilidad contractual), por el contrario, un riesgo contractual que se sucede y que fue asumido por las partes, implica el enfrentar las consecuencias patrimoniales sin poder acudir en auxilio de la contraparte.

⁹¹⁵ Es precisamente por esto que creemos que definiciones generales como la aportada por el Decreto 1082 de 2015 (reglamentario del sistema de compras públicas) que entiende al riesgo como un “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”, difícilmente constituye una definición a la que se pueda acudir para avanzar sobre el contenido técnico de los riesgos contractuales.

⁹¹⁶ PEZ, Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, op. cit., ver, en especial, la *introduction général*, pp. 1 y ss.

A pesar de que se haya afirmado que la responsabilidad contractual no es otra cosa que la distribución de riesgos⁹¹⁷, vemos en esta visión una delicada posibilidad de confusión sobre el contenido jurídico que el riesgo debe tener, toda vez que consideramos que la mirada del contrato como instrumento de distribución de riesgos, es una mirada que se yuxtapone a observar al contrato como la adjudicación de obligaciones, donde los riesgos no son nada diferente a una más de estas asignaciones contractuales.

El riesgo contractual tiene entonces una puntual gestión a partir de la común intención de las partes, no obstante, a esta gestión explícita se suma una gestión implícita que se deriva de elementos normativos y de las propias obligaciones que se desprenden del contrato⁹¹⁸. Así, o bien la intención de las partes es la base de la repartición de los riesgos contractuales, o bien, a falta de delimitación bilateral, el ordenamiento arroja algunas luces de auxilio:

“Complementando las disposiciones legales, las partes en un contrato pueden pronunciarse sobre el régimen de asignación de riesgos, pueden ubicar, en cabeza de una u otra, las consecuencias derivadas de la ocurrencia de situaciones que imposibiliten la ejecución, pueden limitar su responsabilidad en proporción a una valoración económica, entre otras actividades dispositivas. Este ejercicio, unido a una valoración y administración integral del riesgo, corresponde a una categoría de manejo y tratamiento de contingencias que [...] hemos denominado la *gestión del riesgo* y que clasificaremos en las denominadas: *gestión implícita* y *gestión explícita* del riesgo.”⁹¹⁹

Al final, el riesgo contractual identificado y asumido, o que debió ser objeto de identificación y asunción por las partes, engloba y complementa el contenido negocial. Cosa distinta es que una parte no cumpla con sus prestaciones, que incumpla las obligaciones asumidas, dentro de las que se encuentra el haber asumido un riesgo determinado. Será entonces, frente al incumplimiento obligacional, cuando nazca la responsabilidad patrimonial, pero esto ocurrirá no por la asunción de un riesgo, sino por su incumplimiento.

Son estas las razones que hacían ineludible un pronunciamiento sobre la noción de riesgo contractual, pues se presenta necesario el realizar esta delimitación negativa⁹²⁰,

⁹¹⁷ MOOSET ITURRASPE, Jorge, “De la imputación subjetiva a la objetiva en la responsabilidad por incumplimiento contractual”, op. cit., p. 125.

⁹¹⁸ Cf. VERANO HENAO, Sandra, *La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública* (tesis doctoral), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁹²⁰ En especial cuando desde la doctrina, en nuestro sentir de manera inexacta, se llega a identificar a la imprevisión o al incumplimiento como típicos riesgos contractuales. Cf. SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo, “La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad

de la cual un claro ejemplo lo constituye el actual tratamiento del riesgo operacional en los contratos de concesión españoles.

A. El riesgo operacional y la exclusión de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual española

Un ejemplo reciente de la importancia de la identificación y asignación de riesgos y de su exclusión de las reacciones indemnizatorias públicas, lo constituye el tratamiento del riesgo operacional en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

A partir de una inquietud europea por delimitar de manera adecuada el contrato de obra y el contrato de concesión, la Directiva 2014/23/UE señala la importancia del derecho de explotación y del consecuente riesgo operacional como elementos centrales de la demarcación, una consideración realizada en la exposición de motivos cuya cita en extenso se justifica sobradamente:

“[...] debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato.”⁹²¹

En un contrato de concesión, la explotación como forma de remuneración, implica la clara transferencia al concesionario del riesgo operacional, lo que hizo que España incluyera en su ley contractual el riesgo operacional como una categoría definitoria de las concesiones de obra (artículo 14) y de concesión de servicios (artículo 15).

El riesgo operacional ha sido definido por la ley contractual en su artículo 14 (con una clara inspiración desde el derecho europeo) en los siguientes términos:

“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a

privada y la rigurosidad de las normas de contratación”, en: *Revista de Derecho del Estado*, núm. 37, julio-diciembre de 2016, pp. 189-211.

⁹²¹ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”

A pesar de que el principio de riesgo y ventura ha sido y continúa siendo un principio de aplicación general a la contratación administrativa, consagrado en el artículo 197 de la LCSP, su concreción no ha sido en todo caso pacífica. Baste mirar precisamente la manera en que el contrato de concesión, que por excelencia se celebra a riesgo y ventura del contratista, debió ser objeto de ajuste para avanzar sobre la exclusión de la responsabilidad patrimonial y en general de cualquier reconocimiento patrimonial producto del acaecimiento del riesgo más definitivo de la concesión, del riesgo operacional⁹²².

Sin lugar a dudas este tratamiento del riesgo operacional como elemento de definición del contrato de concesión es una nota muy significativa de derecho comparado, en particular para un ordenamiento como el colombiano, donde, a pesar de que su Estatuto Contractual (artículo 32) señale que el contrato de concesión se ejecuta “por cuenta y riesgo del concesionario”, siguen realizándose constantes reajustes a las concesiones que no son nada diferente a desvirtuar el riesgo que debe ser asumido por quien opera la concesión. Pero el aprendizaje no solo se deriva de la puntual consagración del riesgo operacional, sino de la exclusión que de su mano se hace, para rechazar cualquier reconocimiento patrimonial que deba realizar la Administración de llegar a materializarse dicho riesgo; esto es, asumido el riesgo operacional por el concesionario, de acaecer, no tendrá lugar reclamación alguna, lo que no implica nada diferente a que deba él mismo asumir las consecuencias negativas.

El riesgo operacional permite excluir cualquier reacción o reconocimiento patrimonial por parte de la Administración cuando este se concreta, pues se ha establecido la no procedencia de un restablecimiento del equilibrio cuando no se cumplan las previsiones de la demanda de la concesión (artículos 270 para el contrato de concesión de obra y artículo 290 para el contrato de concesión de servicios), artículos que excluyen cualquier posibilidad de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos por

⁹²² Cf. ENGEL, Eduardo et al., “Colaboración público-privada en infraestructuras: reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje”, en: *Fedea Policy Paper 2015/11* <http://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2015/11/FPP2015-11.pdf>

el acaecimiento de un riesgo que ha sido asumido por un extremo de la relación contractual.

Esta exclusión de un restablecimiento del equilibrio a favor del contratista cuando se materializa un riesgo, es la ventana perfecta por la cual nos asomamos ahora con el objeto de avanzar en la delimitación de la responsabilidad de la Administración en la actividad contractual, lo que creemos solo estará completo cuando se estudie la adecuada configuración del equilibrio económico, lo cual nos disponemos de inmediato a efectuar en el título II de esta segunda parte.

TÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL Y LA NECESARIA RELECTURA DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

CAPÍTULO I. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y EL RUIDO DEL UNIVERSO

Los antiguos habitantes de la tierra creían que los individuos estamos tan habituados a escuchar el sonido que proviene de la bóveda del universo que en realidad esto nos impide el notarlo realmente, como una constante que siempre ha estado allí, un eco permanente al que terminamos por acostumbrarnos de modo similar a lo que le ocurre al feto que parece acostumbrarse al latido del corazón de su madre. Si debiéramos usar un símil más actual, bastará con observar el que en ocasiones estemos tan familiarizados con la contaminación acústica que esta nos impide percibir una inmensa cantidad de sonidos de nuestro entorno.

Cuando los elementos de disrupción se tornan de tal manera constantes en el trasegar pacífico de un sistema, terminan por dejar de ser percibidos por los actores; absolutamente habituados a su presencia, se hace improbable percibir la forma en la que alteran la comprensión del sistema mismo. Si a ello se suma la existencia de un ruido que se disfraza con notas de armonía, un murmullo que, al igual que ocurre con el sonido del corazón materno, tranquiliza a la criatura, esto es, cuando se añade el hecho de que el ruido disruptivo y su presencia constante tiene la atracción adicional de hacerse presente en tono de dulce y fácil aprehensión, entonces las posibilidades de percibir sus efectos alteradores se hacen cada vez más infinitesimales.

Es eso precisamente lo que creemos ha ocurrido con el principio del equilibrio económico en los contratos administrativos, un concepto sobre el que se ha pronunciado en tal medida la inmensa mayoría de la doctrina administrativa que una nota sobre los trabajos más representativos tendría ahora mismo una extensión abrumadora⁹²³. A partir de las posiciones presentadas en una multiplicidad de trabajos, nos hemos acostumbrado de tal manera a su presencia, a su armonía, que ya nos resulta en extremo difícil notar

⁹²³ Podría bastar entonces con señalar que desde una de las obras base sobre las que formaron las nociones del contrato administrativo, existían ya unas ideas inaugurales que permitirían un amplio desarrollo ulterior del tema. Cf. JÈZE, Gaston, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Marcel Giard, París, 1934.

cuáles son esas alteraciones que la lectura de conjunto del equilibrio económico introduce en la institución de la responsabilidad de la Administración Pública, en especial cuando ella se estudia en el contexto de la actividad contractual administrativa. Por ello, para hacer evidente aquello que ha perturbado de tal manera la institución de la responsabilidad de la Administración que nos ha impedido la construcción misma de un sistema de responsabilidad unificado, habrá primero que llegar a un entendimiento cabal sobre el concepto y tratamiento actual del equilibrio económico o financiero⁹²⁴, habrá primero que hacer un recorrido sobre su origen y causales de procedencia para luego observar las razones de su errado entendimiento y las posibles miradas alternativas que permitan avanzar en la pretensión de configurar una institución unificadora de la responsabilidad administrativa.

I. Sobre el equilibrio económico de los contratos administrativos

En torno a la pretensión de sustantividad del contrato estatal y de las constantes discusiones sobre la procedencia misma de un contrato de derecho público⁹²⁵, se han enarbolado una serie de reflexiones que pasan por observar la naturaleza diferencial de las partes que intervienen y de los intereses que median en las relaciones negociales del Estado.

La configuración propia del contrato público parecería oponerse a las reglas más fundamentales que gobiernan el contrato, una de las instituciones sobre las que se forjó por antonomasia el derecho privado. En especial, la importancia capital del respeto por la *lex contractus* ha hecho que las particulares condiciones de la Administración en sus relaciones contractuales se miren con recelo por el impacto que estas pueden tener sobre principios esenciales de las relaciones de derecho privado como el *pacta sunt servanda*.

“Mi contrato habrá de cumplirse, contra mi contrato ni una palabra aunque pretendas justicia”. Esta expresión, acuñada por Shakespeare en El Mercader de Venecia,

⁹²⁴ Usamos ahora indistintamente las nociones de equilibrio económico del contrato, de equilibrio financiero, de ecuación financiera, pues, salvo algunas particularidades que podrán ser evidenciadas, creemos que las nociones pueden ser usadas como sinónimos. Una posición contraria, que observa en el equilibrio una multiplicidad de significados cercanos pero no coincidentes, puede ser observada en VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., pp. 752 y ss.

⁹²⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963, pp. 99-130; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El enigma del contrato administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril de 2007, pp. 79-102.

condensa precisamente uno de los principios de la ciencia jurídica en general y de la teoría del contrato en particular, esto es, su fuerza obligatoria. La autonomía de la voluntad, como expresión máxima de los principios liberales, de las libertades individuales, tiene un pleno despliegue cuando se la concreta con el carácter vinculante de los dictados que resultan del ejercicio de esa autonomía. Así, dado que al individuo se le ha otorgado el poder de obligarse para con otro, una vez lo ha hecho, el respeto irrestricto por las libertades implica, a su vez, el respeto por los dictados de su compromiso. Contrato-ley, santidad del contrato, pureza del contrato, cumplimiento irrestricto, son todas expresiones que complementan una posición jurídica clásica de respeto a la palabra empeñada por encima de cualquier otro miramiento⁹²⁶.

No obstante la fidelidad a la palabra dada, que continúa hoy rigiendo las relaciones de intercambio (pues es indudable que le aporta seguridad jurídica al tráfico contractual), el abandono paulatino de un sistema de estabilidad plena, donde las condiciones económicas sufrían pocas variaciones y donde la complejidad de los contratos se presentaba más precaria, hizo que esa fuerza obligatoria del contrato, como principio general, terminara siendo morigerada, moldeada, como resultado de la tensión evidente que se presenta con otros principios como la ejecución contractual de buena fe y la propia justicia que, como fin último, pretende el contrato. Lo anterior es verdad tanto para los contratos privados como los contratos públicos, por razones que en algunos momentos terminaron siendo coincidentes y en otros tomaron caminos discordantes, pero que para ambos regímenes contractuales pretendían alivianar la carga extraordinaria que se puede presentar en la ejecución contractual, dada la imprevisibilidad del futuro, dada la imposibilidad de clarividencia frente a hechos que puedan afectar al contrato, para los cuales la voluntad de las partes no previó una real solución.

El que la realidad de la ejecución del acuerdo contractual genitor pueda sufrir variaciones que tornen en insuficientes las previsiones iniciales, abre las puertas a la

⁹²⁶ “La trascendencia de la firmeza y solidez del vínculo, es algo que desde un principio ha sobresalido y se ha resaltado: es estar a lo dicho, el respeto de la palabra empeñada: la fides, cimiento de toda economía, recogido en el lema latino-medieval *pacta sunt servanda*, y más gráfica y dicientemente en la metáfora de las *Institutes Coutumieres de Loysel*: ‘Así como a los bueyes se les ata por los cuernos a los hombres se les ata por las palabras.’” HINESTROSA, Fernando, “El principio del *pacta sunt servanda*: y la estipulación de intereses”, en: *Revista Contexto*, núm. 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 34.

revisión del contrato, lo que de inmediato hace brotar el apremio por la necesidad de construir y comprender los postulados que deben mediar en esa eventual mutación.

Es en este contexto definido en el que se circunscribe el nacimiento y la formación de la noción de equilibrio económico del contrato administrativo, en medio de un negocio jurídico que está cruzado por las necesidades del servicio público, por la importancia de la noción de interés general, al punto que se sostenga que es la dinámica misma del servicio público la que determina finalmente el contenido del contrato administrativo⁹²⁷.

Es palpable el que en la ejecución de un número considerable de contratos públicos la Administración dispone de un conjunto de prerrogativas “sin equivalente” en los contratos privados⁹²⁸, prerrogativas que desafían la santidad del acuerdo de voluntades. Conocer la naturaleza y la forma en que estas prerrogativas modelan todo el entorno, al igual que lo hace la ocurrencia de situaciones imprevistas que alteran la normal ejecución, implica primero parar mientes en sus orígenes, recorrido que deberá hacerse siempre con miras puestas en la idea de que “el estudio del equilibrio está anclado profundamente en el corazón de la relación entre mutabilidad y estabilidad del contrato, entre dinámica contractual y seguridad jurídica, y más globalmente, entre justicia y libertad.”⁹²⁹

A. El origen de la institución en el ordenamiento jurídico francés

Frente a la configuración más clásica del contrato de derecho privado, resulta particularmente extraordinario que una Administración contratante tenga el poder de modificar unilateralmente las condiciones de ejecución del contrato, llegando incluso a agravar las obligaciones de su contratista⁹³⁰. El que una situación de tal particularidad tenga en la actualidad despliegue en un gran número de ordenamientos jurídicos tiene sin duda su carta de naturaleza en el ordenamiento francés, en especial un origen que se ubica en el pluricitado fallo del *Conseil d'État* de 1910 conocido como *Compagnie Générale Française des Tramways*⁹³¹.

⁹²⁷ Cf. BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 135.

⁹²⁸ Cf. RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administrative*, op. cit., p. 382.

⁹²⁹ VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 18.

⁹³⁰ Cf. CHAPUS, René, *Droit Administratif général*, op. cit., p. 1209.

⁹³¹ Consejo de Estado, 21 de marzo de 1910, cf. LONG, Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2015; ver también *Les décisions les plus importantes du Conseil d'État*, en: <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>.

En una construcción que ya resulta centenaria, se plasmó desde entonces una sentencia que concluye que “es de la esencia de todo contrato de concesión el buscar y realizar en la medida de lo posible un equilibrio entre las ventajas que son otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas [por ello] en todo contrato de concesión está implícita, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige”, lógica que responde a lo que el mismo pronunciamiento identificó como la competencia de la Administración para introducir las modificaciones necesarias que garanticen, por estrictas consideraciones de interés público, la normal prestación del servicio, pues el Estado debe intervenir, cuando sea necesario, para demandar del concesionario una prestación mayor a la que se previó inicialmente, alterando con ello los términos de la ecuación financiera, lo cual realiza mediante el empleo, no ya de los poderes que le confiere la convención, sino del poder que tiene para ejercer prerrogativas públicas⁹³².

Si bien, basados en la contraposición de principios como el *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*, pueden rastrearse orígenes más remotos sobre el concepto del equilibrio económico del contrato estatal en categorías elaboradas desde el derecho privado (llegando incluso a los textos de los canonistas y a la moral cristiana que reprocha un enriquecimiento a costas de otro sin causa que lo justifique)⁹³³, es una situación de común aceptación para la doctrina especializada la ubicación del origen del equilibrio de los contratos estatales en los desarrollos jurisprudenciales que ocurrieron en Francia en los años 1910 y 1916.

Es precisamente en el año de 1916 cuando se produce otra sentencia que ya resulta al igual centenaria, nos referimos al fallo del *Conseil d'État* conocido como *Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*⁹³⁴, que dio origen a la llamada *teoría de la imprevisión* en los contratos que celebra la Administración, donde circunstancias anormales, imprevistas, independientes de la voluntad de las partes, que dificulten la

⁹³² Cf. DEBBASCH, Charles y PINET, Marcel, *Les grands textes administratifs*, Sirey, París, 1970, pp. 331 y 332.

⁹³³ Sobre los orígenes y las distintas teorías del equivalente económico en el derecho privado se puede consultar a BENÍTEZ CAORSI, Juan José, *La revisión del contrato*, 2ª. ed., Bogotá, Temis, 2010, pp. 361-524; ver también CHAMIE, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: de la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013; CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, en: *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, julio-diciembre de 2012, pp. 71-106.

⁹³⁴ Consejo de Estado, 24 de marzo de 1916, cf. LONG, Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2015; ver también *Les décisions les plus importantes du Conseil d'État*, en: <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>.

ejecución (*charge extracontractuelle*), generan una reacción por parte de la Administración pues “el servicio público no puede más que ser asegurado –el interés general lo exige- y el contrato debe subsistir.”⁹³⁵

La observancia de las injusticias que para los contratantes podían significar el advenimiento de situaciones imprevisibles que afectan a la ejecución de los contratos permitió enarbolar una idea de equilibrio contractual en el derecho privado⁹³⁶, también es esa idea de cambio intempestivo, no previsto (aunque derivado de una manifiesta fundamentación diferente: el interés general), la que da origen al concepto en el Derecho Administrativo.

Los dos referentes jurisprudenciales franceses son sin duda el origen de una era que, inspirada en el servicio público⁹³⁷, puso en el centro del debate administrativo la imperiosa necesidad de que el contrato estatal se lleve a feliz término, pues solo de esa manera se garantizan los fines de interés general que se buscan con su celebración.

El servicio público, que es la base, la razón de ser, el fundamento de las prerrogativas de la Administración⁹³⁸, explica perfectamente el origen de estas dos sentencias que, de manera independiente pero complementaria, constituyen el zócalo del principio del equilibrio económico. Dos sentencias que fueron mucho más que la sola semilla de lo que vendría, por el contrario, constituían ya todo un robusto árbol que había dado sus frutos, pues desde entonces había quedado establecido la existencia de dos causas que podrían desbarajustar el equilibrio de una relación contractual, esto es, las potestades de la Administración como contratante, el “*ius variandi*”, y los hechos externos, posteriores, imprevisibles, no culpables, que constituyen la teoría de la imprevisión.

⁹³⁵ DEBBASCH, Charles y PINET, Marcel, *Les grands textes administratifs*, op. cit., p. 333.

⁹³⁶ Cf. BENÍTEZ CAORSI, Juan José, *La revisión del contrato*, op. cit., para quien el cumplimiento cabal, irrestricto, de las obligaciones es equivalente a condenar a los contratantes a un “duelo a muerte”.

⁹³⁷ No en vano se afirma que el concepto de servicio público tiene, desde inicios del siglo XX, un rol fundamental en toda apreciación teórica que del Derecho Administrativo quiera hacerse. Cf. MONTAÑA PLATA, Alberto, *El concepto del servicio público en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

⁹³⁸ “Al igual que en el derecho francés, el servicio público constituye la esencia de las cláusulas excepcionales de los contratos estatales y, más genéricamente, de las prerrogativas de poder público [...] El servicio público no es sólo el telón de fondo de las prerrogativas administrativas sino su justificación.” BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, op. cit., pp. 321, 338 y 368.

B. Sobre el equilibrio económico en el ordenamiento jurídico español

El ordenamiento español, que ha tenido una marcada influencia francesa en la construcción general de su contrato administrativo y en particular en punto a la noción misma de equilibrio económico, observa en este principio la contrapartida al ejercicio de las prerrogativas contractuales en cabeza de la Administración, prerrogativas que tienen un soporte constitucional en el artículo 103 de la CE, que establece como objeto de la Administración Pública el de servir con objetividad los intereses generales.

Es precisamente en España donde se concibió una de las obras más clásicas y representativas de la institución, nos referimos al trabajo del profesor ARIÑO, desde el cual se manifiesta que “el principio del equivalente económico viene a ser así como el contrapunto necesario, en el orden financiero, a una situación de flexibilidad contractual en el objeto y contenido de las prestaciones.”⁹³⁹

Esta ha sido una posición compartida por la doctrina administrativa española, quien tiempo después continúa observando que:

“el principio del equivalente económico o equilibrio financiero del contrato se construye como contrapunto a la admisión generalizada de ciertas prerrogativas de la Administración en el seno de los contratos administrativos [...] La reparación pecuniaria del contratista como técnica de aseguramiento del equilibrio económico del contrato se convierte así en contrapunto al poder de modificación, de forma que su ejercicio debe acompañarse de la correspondiente contrapartida económica que materialice nuevamente la equivalencia honesta de las prestaciones.”⁹⁴⁰

Al ejercicio de las prerrogativas debe sumarse el tratamiento de la teoría de la imprevisión como una de las causas que desatan la noción de equilibrio, en particular en el contrato de concesión. El *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible han sido, y continúan siendo⁹⁴¹ los puntuales motivos que en este ordenamiento se identifican como causales de ruptura del equilibrio económico.

El principio del equilibrio económico ha sido objeto de un extenso tratamiento normativo, en particular a partir del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se

⁹³⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de estudios administrativos, Madrid, 1968, p. 242. A esta obra se puede acudir, por demás, para evidenciar el constante diálogo y la tensión histórica que ha existido entre el principio del equivalente económico y el principio de riesgo y ventura, también de gran raigambre en la ejecución de los contratos administrativos españoles.

⁹⁴⁰ HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 171 y 172.

⁹⁴¹ Cf. VÁZQUEZ LACUNZA, Estela, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

aprueba el texto articulado de la ley de bases de contratos del Estado (LCE) artículo 74, no obstante existir con anterioridad normativa que ya lo identificaba y reconocía⁹⁴². El tratamiento jurisprudencial ha sido igualmente de tal manera extenso que bastará ahora con reseñar una multicitada sentencia en la cual el TS recuerda que, frente a la inmutabilidad del contrato privado, en el administrativo lo que prevalece es la “inmutabilidad del fin, o inmutabilidad del servicio, para lo cual se instrumenta una especial potestad, la ‘*potestas variandi*’.” (Sentencia de 11 de octubre de 1976)

Una representativa particularidad de la concepción del equilibrio en el ordenamiento español es que, vía teoría de la imprevisión, en los contratos de concesión este principio puede ser potencialmente aplicado para ambos extremos de la relación contractual, tanto a favor del contratista-concesionario como a favor de la Administración; un restablecimiento para ambas partes que tiene incluso un soporte legal: “el juego de la teoría del riesgo imprevisible es, pues, doble y puede actuar tanto a favor de la Administración concedente como a favor del concesionario, según sea el sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos [...] («en beneficio de la parte que corresponda» precisa por su parte el artículo 258.2 LCSP).”⁹⁴³

Este restablecimiento que se hace posible a favor de ambas partes de la relación comercial constituye un significativo punto de originalidad, una nota que lo diferencia del tratamiento que la figura ha tenido en el ordenamiento francés donde vio la luz; ahora bien, al tiempo que aparta la noción de su construcción originaria, se identifica con otros ordenamientos como el colombiano donde, de igual manera, se ha abierto la posibilidad teórica de que se produzca el (por decirlo menos) curioso restablecimiento a favor de la Administración.

C. El equilibrio económico en el ordenamiento jurídico colombiano

Colombia es uno de los múltiples ordenamientos familiarizados con la noción de equilibrio económico en los contratos administrativos, un país donde se ha llegado incluso a extender la aplicación del concepto por fuera de los límites infranqueables que el propio ordenamiento jurídico francés había elaborado para esta categoría jurídica.

⁹⁴² Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. 244.

⁹⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I 17ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 792.

A pesar de que se ha señalado que “los primeros intentos normativos por romper con el principio de riesgo y ventura empezaron en la década de los 60. En primer lugar, con la expedición de la ley 4ta de 1964, cuyo artículo 11 previó que en los contratos de obra, tanto a precio global como a precios unitarios, era imperativo pactar el reajuste de precios [...]”⁹⁴⁴, pueden rastrearse tentativas normativas anteriores, incluso consagraciones legislativas y pronunciamientos doctrinales puntuales que antaño dejan ver la clara intención de establecer mecanismos contractuales correctores que actúen frente a circunstancias imprevistas. Nos referimos a la obra de PAREJA, uno de los primeros trabajos colombianos sobre Derecho Administrativo, quien ya en 1939, fecha en la que se publicó la segunda edición de su texto, recordaba un proyecto de ley presentado en 1937 en el que propuso una fórmula a ser aplicable: “en todo contrato en que tenga interés el Estado [...] se podrá pedir la modificación o anulación del contrato cuando en virtud de circunstancias imprevisibles al tiempo de su celebración, la economía del contrato se altere [...]”⁹⁴⁵. Insiste además el autor en recordar que la imprevisión no es un fenómeno extraño en el derecho colombiano toda vez que:

“desde el punto de vista práctico, en los contratos sobre producción de manteca vegetal, celebrados por el Gobierno conforme a las autorizaciones que le dio la ley 94 de 1936, art. 5º, se establece una cláusula de revisión dependiente de factores imprevisibles. Tal cláusula dice: *‘las partes contratantes aceptan que, si ocurrieran factores no previstos en el momento de celebrarse el contrato y que pudieran afectar en alguna forma los intereses del contratista, esto dará lugar a una revisión de las estipulaciones contractuales, en períodos que no serán menores de cuatro meses’*”⁹⁴⁶.

Se observa así cómo el país ha tenido históricamente una mirada benévola sobre las posibilidades de reacción frente a un contrato estatal que ha visto alteradas sus previsiones iniciales, esto incluso cuando en la reglamentación de este tipo de convenciones prevalecían las disposiciones de derecho privado.

Luego de un recorrido normativo que pasa por una incipiente configuración en el Decreto 150 de 1976, y de varios artículos al respecto en el anterior estatuto contractual colombiano, Decreto 222 de 1983; hoy en día, con posterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, y de innumerables desarrollos jurisprudenciales, no existe duda alguna sobre la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato

⁹⁴⁴ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2012, p. 16.

⁹⁴⁵ PAREJA, Carlos H, *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Editorial El Escolar, Bogotá, 1939, pp. 479 y 480.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 484.

administrativo cuando este se ha roto por diversas causas; causas que, por el contrario, sí que son motivo de amplia discusión jurisprudencial, doctrinal e incluso normativa.

Basados en las disposiciones del Estatuto Contractual⁹⁴⁷, en una línea jurisprudencial consolidada y en un gran apoyo doctrinario, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico colombiano consagra un derecho al restablecimiento del equilibrio económico cuando este se ha visto alterado, bien por causas imputables a la Administración (alea administrativa) donde se conjugan el “*ius variandi*” y el hecho del príncipe, bien por eventos externos a las partes, no culpables e imprevisibles que le dan cabida a la teoría de la imprevisión (alea económica), causales que son aceptadas en el derecho colombiano⁹⁴⁸.

Sobre estas causales volveremos en extenso en los siguientes apartados, por ahora pretendemos evidenciar dos situaciones particulares frente al reconocimiento y tratamiento que ha tenido el equilibrio económico en el ordenamiento colombiano, situaciones que permiten constatar el ruido y la distorsión que ha generado esta noción jurídica, dos situaciones particulares que si bien hoy pueden considerarse superadas, hicieron que el derecho contractual errara el camino y transitara por un sendero equivocado, nos referimos al entendimiento del incumplimiento del contrato y al monto del restablecimiento derivado de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

C.1. El errado entendimiento del incumplimiento del contrato como causal de ruptura del equilibrio

La Ley 80 de 1993, cuando en su artículo 5 desarrolla los derechos y deberes del contratista, establece la posibilidad de que se “restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”. Esta desafortunada disposición, que quizá pretendía en realidad diferenciar el monto del restablecimiento dependiendo del origen genitor del desequilibrio (como ocurre hoy en día cuando la ruptura proviene bien del *ius variandi* o bien de la imprevisión), generó que se entendiera por mucho

⁹⁴⁷ Artículos 4.8, 5.1 y 27 de la Ley 80 de 1993.

⁹⁴⁸ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2003, exp. 10.833; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14.043.

tiempo, y que hoy en día lo siga haciendo parte de la doctrina autorizada⁹⁴⁹, que el incumplimiento es una causal más de ruptura del equilibrio.

Precisamente una de las talanqueras que ha impedido lograr un entendimiento pacífico de las situaciones que se suelen enmarcar dentro de la noción del equilibrio económico, que ha imposibilitado un tratamiento común, es que a través del equilibrio y sus causales se han intentado explicar fenómenos jurídicos que, en puridad, responden a lógicas conceptuales diversas; es lo que hemos llamado la *hipertrofia del equilibrio*, cuyo desarrollo completo al final de este título esperamos termine por hacer evidente el inmenso ruido que genera.

Ahora bien, es verdad que se han recogido en gran parte las líneas, que es precisamente lo que ha ocurrido con el tratamiento jurídico del incumplimiento en materia contractual administrativa, donde se ha reconocido que este fenómeno corresponde, en realidad, a una lógica que se explica en sede de “responsabilidad contractual” administrativa y no en sede de equilibrio. Por fortuna, en lo que ya podemos tildar de línea jurisprudencial consolidada, el Consejo de Estado cuestiona los dictados del legislador y escinde, como no podía ser de otra manera, el incumplimiento del llamado principio del equilibrio económico.

Pero antes de indicar los avances en sede judicial no podemos dejar de reconocer que había sido la propia doctrina nacional quien había ya reaccionado en contra de lo que catalogamos como un error conceptual del legislador⁹⁵⁰, toda vez que contrario a las disposiciones de la Ley 80 de 1993:

“El incumplimiento contractual no genera ruptura del equilibrio financiero del contrato; la idea que soporta el incumplimiento es completamente distinta. Hemos dicho que para que se rompa el equilibrio financiero, una de las partes ha tenido que asumir unas obligaciones adicionales a las que estaban inicialmente previstas, o que el contenido obligacional ha variado y en ese sentido ha tenido que asumir una carga. En cambio, cuando hablamos de un incumplimiento contractual, la

⁹⁴⁹ “El incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes del contrato es el evento respecto del cual existe mayor discusión sobre su pertenencia o no a la teoría del equilibrio económico del contrato, [...] **a nuestro juicio bien puede clasificarse al incumplimiento de las obligaciones contractuales como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo**”, RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, op. cit., pp. 139 y 146. (énfasis añadido)

⁹⁵⁰ Cf. BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, op. cit., pp. 141 y 151 y 152.

relación jurídica entre las partes, las obligaciones, los derechos de las partes no han sufrido ninguna alteración [...]”⁹⁵¹

Decíamos que la jurisprudencia se ha pronunciado ya en varias ocasiones, con un punto de inflexión a destacar que ocurrió con la sentencia del Consejo de Estado de 14 de marzo de 2013, expediente 20.524⁹⁵², donde luego de analizar los hechos y las normas aplicables la Sala decide que “los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino de incumplimiento contractual”, y los deja de tratar como un fenómeno de género-especie, para entender que “el incumplimiento contractual [...] tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar”.

A partir de esta sentencia se ha elaborado entonces una nueva línea jurisprudencial⁹⁵³ que deja claro que:

“ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causales de la ruptura del equilibrio económico del contrato, [...] De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.”⁹⁵⁴

Observamos acá uno de los primeros grandes cambios de dirección, un giro al timonel para recuperar el curso adecuado, corrección que permitió empezar a perfilar de mejor manera la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la actividad contractual al apartarla de la azarosa noción de equilibrio económico.

⁹⁵¹ GUERRERO, Myriam, “Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato”, en: *Estudios de profundización en contratación estatal*, Pontificia Universidad Javeriana y Cámara de Comercio, Bogotá, 1997, p. 237.

⁹⁵² En la sentencia del 14 de abril de 2005, exp. 28.616, el Consejo de Estado ya había planteado las bases de la discusión pues evidenciaba la falta de unidad normativa, jurisprudencial y doctrinal frente los supuestos del equilibrio económico y de la responsabilidad contractual, no obstante, una vez advertir que “el tema no está claro”, no entró de lleno en debate, como sí ocurrió con posterioridad.

⁹⁵³ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524; sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571; sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 31.431; sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 24.169.

⁹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571.

C.2. La imprevisión y el monto del restablecimiento: la corrección del sendero

Otro fenómeno turbador, que quizás sea el pico más alto al que haya llegado la llamada *hipertrofia del equilibrio económico*, ocurrió en el año de 1996, cuando el Consejo de Estado, en sentencia del 9 de mayo, expediente 10.151, decidió modificar el alcance que debía dársele al principio del equilibrio financiero cuando se presenta una situación típica enmarcada dentro de la teoría de la imprevisión, pues entonces se señaló que, no obstante el entendimiento tradicional de la doctrina, “no se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que éste pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, [sino] que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.”⁹⁵⁵

En ese momento, para el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, *el punto de no pérdida* (al que se refiere el artículo 5 de la Ley 80 de 1993) al que debía llevarse al contratista por la ruptura del equilibrio devenida de situaciones imprevistas, tenía que contemplar también el lucro cesante, la utilidad dejada de percibir, pues, según el pronunciamiento, ese fue el criterio del legislador. “Se trata de una posición muy particular de la jurisprudencia administrativa [reiterada en otras ocasiones], no solo porque se trata de una revisión de la postura tradicional, sino porque **encarna una posición discutible desde la perspectiva de las reglas del derecho de daños.**”⁹⁵⁶ (énfasis añadido).

El Consejo de Estado llegó entonces a reconocer la utilidad dejada de recibir, esto a pesar de que desde sus orígenes había sido el propio JÈZE quien con claridad meridiana había sostenido que “la ganancia que falta, la falta de ganancia” no hace parte del monto del restablecimiento pues “la teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas

⁹⁵⁵ Sobre el fallo y su importancia se puede consultar a SANTOS, Jorge Enrique, “Equilibrio económico del contrato estatal. Fundamento. Teoría de la imprevisión. Metodología del restablecimiento”, en: Ospina Garzón, Andrés (edit.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 163-170.

⁹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 168.

experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aun a preservarlo de cualquier pérdida.”⁹⁵⁷

La posición jurisprudencial aquí expuesta fue luego revaluada, regresándose pronto a los orígenes conceptuales del equilibrio⁹⁵⁸, criterio que hoy se mantiene. Es entonces un camino que ya hemos recorrido de ida y vuelta y que hoy parece clausurado. En todo caso, lo que nos deja ver este vaivén en el tratamiento del monto de restablecimiento del equilibrio económico cuando tiene lugar la imprevisión como causal de ruptura, es una muestra de cómo la lectura de varios traslados patrimoniales que ocurren en la actividad contractual leídos con los anteojos inadecuados, esto es, observados a través de los perturbadores anteojos del equilibrio financiero, ha evitado la construcción de una teoría coherente de la responsabilidad administrativa en su actividad contractual, en este caso en particular (como lo veremos más adelante), ha impedido la construcción a partir de lo que constituye la delimitación negativa de la institución.

II. Los árboles que han impedido ver el bosque

En torno al principio del equilibrio económico se ha pretendido construir toda una teoría de la indemnización administrativa; al vérselo como el fundamento mismo del deber de reparar, se acude a él como la piedra angular que explica el porqué del resarcimiento⁹⁵⁹.

La justificación de la obligación, que en algunos casos reviste carácter indemnizatorio y en otros no, parece tener una solución que resulta mayoritariamente pacífica para la doctrina y la jurisprudencia; esto es, la existencia de una relación obligacional indemnizatoria para el caso de una ruptura del equilibrio que se ha producido en ejercicio de potestades de la Administración (*ius variandi* y el hecho del príncipe), en contraprestación con una obligación de compensación frente a la ruptura que ha sido objeto de un hecho externo, no imputable, que hace más gravosa la ejecución de un

⁹⁵⁷ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Marcel Giard, París, 1934. Versión en español: *Principios generales del Derecho Administrativo, t V, teoría general de los contratos de la administración, segunda parte*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950, p. 38.

⁹⁵⁸ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577. Sobre el fallo y su importancia se puede consultar a EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, “Alteración grave que da lugar al desequilibrio económico del contrato. Diferencia entre hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión. Los tributos como forma de ruptura del equilibrio económico del contrato”, en: Ospina Garzón, Andrés (edit.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 171-179.

⁹⁵⁹ Cf. OUM OUM, Joseph, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, op. cit.; DE LAUBADÈRE, et al., *Traité des contrats administratifs*, op. cit.

contrato (teoría de la imprevisión). Lo anterior, sumado a otros elementos conceptuales difusos, hacen que la concepción teórica actual del equilibrio económico genere serios vacíos, que podrían ser llenados si verdaderamente se entendieran los fundamentos que sostienen cualquier intento de corrección de los daños que se puedan sufrir durante la celebración y ejecución del contrato, si se acudiera a un plano más elevado para su estudio, a la institución de la responsabilidad administrativa particularizada en su actividad contractual.

Así, producto de las anteriores consideraciones y de muchas otras que de manera azarosa circundan la figura del restablecimiento en Derecho Administrativo, cuando lo que se observa es el equilibrio mismo, se evidencia que la institución tiene distintas explicaciones teóricas que varían constantemente de fundamento explicativo dependiendo de la causal que genere la ruptura, e incluso, de la parte contractual a la que se le pretenda aplicar. Dado el panorama explicativo actual de la problemática, existen varias dificultades derivadas de la manera como está fundamentada la teoría, pues tiene muchos puntos de quiebre en su aplicación, lo que pone en evidencia el que quizás el problema radique no en el intento mismo de fundamentación de la institución jurídica del equilibrio económico de los contratos administrativos, sino en el punto de atención focal sobre el que se realiza la lectura completa del sistema.

Es verdad que la fundamentación de la obligación de restablecer el equilibrio económico de los contratos estatales es un tema de especial interés para la disciplina jurídico-administrativa; sin embargo, el afán por una lectura unificada de esta institución jurídica ha sido un elemento perjudicial que ha impedido ver un panorama mayor, que ha evitado que se ponga en evidencia la imperiosa necesidad de construir una lectura sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando celebran y ejecutan contratos.

Había sido ya advertido por CHAPUS el que en algunas particulares situaciones que se suelen encuadrar dentro de la noción de equilibrio económico, “nos encontramos [en realidad] fuera del cuadro general de la responsabilidad civil.”⁹⁶⁰. Más aún, años atrás había sido sugerida la imposibilidad de atar a la noción del equilibrio financiero del contrato administrativo la obligación de la Administración de reparar un perjuicio

⁹⁶⁰ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., pp. 340 y 341.

cuando esta ha modificado el contrato, pues en este caso la noción de equilibrio se torna peligrosa e inexacta⁹⁶¹.

De esta manera, dado que cada una de las situaciones que se enmarcan en las llamadas causales de ruptura del equilibrio económico son diversas y no comparten en realidad más que algunos elementos comunes, dado que los diferentes traslados patrimoniales en los que incurre la Administración como respuesta a las disímiles causales de quiebra del equilibrio obedecen en realidad a explicaciones provenientes de instituciones jurídicas diferentes, será necesario de inmediato estudiar la particularidad de cada una, observar la contextura, el tronco, las raíces y las ramas de cada árbol para observar en qué medida pertenecen a una especie endémica del bosque y en qué medida no son más que especies exóticas, plantadas allí por quienes, preocupados por la armonía de la floresta, no notaron que las especies invasoras, por bellas que puedan ser, en ocasiones acusan el final de algunos ecosistemas. Al final veremos, a modo conclusivo, que una noción como la *lesión atribuible* nos ofrece una significativa base para este ejercicio de clasificación de las especies. Por ello, el elemento común identificado con anterioridad continuará siendo la nota clave de identificación del sistema.

⁹⁶¹ Cf. BADAoui, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1955.

CAPÍTULO II. EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD ADMINISTRATIVA: EL IUS VARIANDI Y LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El contrato administrativo, en cuanto relación negocial bilateral, implica el cumplimiento cabal de sus cláusulas y normas supletorias que lo gobiernan. Al hilo de lo establecido en las disposiciones civiles respectivas⁹⁶², el contrato es ley para las partes y debe cumplirse en su tenor literal. Con todo, de la mano de JÈZE hemos señalado que “el interés general del servicio público debe prevalecer sobre el interés privado del contrato”⁹⁶³, lo que antaño llevó a preguntarse al *enfant terrible* de la escuela del servicio público si durante la ejecución del contrato la Administración tiene la facultad de modificar, en mayor o menor grado, la extensión de las prestaciones del contratante.

Si la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede permanecer obligada por las estrictas condiciones del pacto celebrado cuando ello significa actuar en contravía del interés que pretende satisfacer con la ejecución contractual⁹⁶⁴, se entiende, en consecuencia, que para la citada Administración se establezcan, con carácter *ex lege*⁹⁶⁵, una serie de prerrogativas que tienen índole irrenunciable⁹⁶⁶, carácter que a pesar de ser muy definitorio de la figura⁹⁶⁷, debe en todo caso ser matizado por estar sometido a ciertos límites, en especial en ordenamientos donde las regulaciones comunitarias de los contratos públicos han establecido claras demarcaciones sobre el ejercicio potestades como la de modificación de los contratos⁹⁶⁸.

Abordar el cuestionamiento de JÈZE implica reconocer hoy en día la existencia de una robusta regulación normativa que reconoce amplios poderes a la Administración en el

⁹⁶² Artículos 1134 del Código civil francés (1103 y 1193 a partir de la modificación de 2016), 1602 del Código Civil colombiano y 1091 del Código Civil español.

⁹⁶³ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 232.

⁹⁶⁴ Cf. COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 443.

⁹⁶⁵ Cf. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2016, p. 641.

⁹⁶⁶ Carácter que se resalta en una multiplicidad de trabajos que se ocupan de la materia, entre ellos GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 781; HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 25 y ss.

⁹⁶⁷ En palabras de JÈZE, “la facultad de la Administración para modificar la extensión de las prestaciones o aun para suprimirlas por la rescisión del contrato, es una regla de orden público, que no puede derogarse por convención de las partes. Toda cláusula del contrato, que importe una limitación directa de esta facultad, es nula de orden público. El ejercicio de la competencia de la Administración para el buen funcionamiento del servicio público es inalienable”, JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 235.

⁹⁶⁸ Cf. *Infra*, cap. II, II.

marco de sus relaciones contractuales, poderes que si bien nacieron de la mano de un pionero derecho pretoriano galo, tiene en la actualidad una extensa reglamentación en diversos ordenamientos jurídicos.

I. Las potestades de la Administración en la ejecución contractual

En el ordenamiento jurídico español, los artículos 189 y 190 de la LCSP (209 y 210 del TRLCSP) señalan que los contratos deben cumplirse de acuerdo a sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas que el legislador estableció en cabeza de las Administraciones Públicas, prerrogativas que se concretan en las facultades de interpretar, modificar y resolver de manera unilateral los contratos administrativos⁹⁶⁹.

En derecho colombiano, en igual medida, existe a favor de la Administración una serie de potestades excepcionales establecidas con miras a garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, potestades reguladas en varias disposiciones del Estatuto Contractual que consagran facultades excepcionales, que se reconocen a su vez como causales de ruptura del equilibrio económico del contrato y que se encuadran dentro de la doctrina de *ius variandi* o *potestas variandi*⁹⁷⁰, facultades que se concretan en la modificación, interpretación y la terminación unilaterales⁹⁷¹.

A. Sobre la modificación unilateral

Catalogada como “la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo”⁹⁷², la modificación unilateral es una facultad de tales magnitudes que, al

⁹⁶⁹ Cf. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 795-812.

⁹⁷⁰ El uso por parte de la doctrina del concepto de *ius variandi* y *potestas variandi* es algo equívoco, pues en ocasiones se acude a la noción de potestad unilateral para agrupar dentro de su cobijo el *ius variandi*, y en otras ocasiones el concepto mismo de *potestas variandi* se utiliza como categoría general que recoge todas las concretas manifestaciones de modificación, interpretación y terminación. Sobre la diferencia del *ius* y la *potestas* se puede consultar ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., pp. 226 y 227.

⁹⁷¹ De la mano de esta concreta trilogía de potestades contractuales, la doctrina suele abordar el estudio de prerrogativas generales de la Administración en la actividad contractual, en particular los poderes de dirección, inspección, control y el poder coercitivo. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 778-780; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, t. II, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 262 y ss; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 150 y ss.

⁹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 780.

tiempo que se planta frente a un principio rector como el *pacta sunt servanda*, tiene tal importancia que llegó a constituirse en uno de los criterios que han justificado la existencia misma del contrato administrativo.

Aún hoy en día se percibe lo revolucionario (lo subversivo, si se quiere) del fallo de la *Compagnie Générale Française des Tramways*, en especial en un ordenamiento jurídico que en sus relaciones regidas por el derecho privado había antes tenido antecedentes jurisprudenciales, como el fallo del *Canal de Crapone* de 6 de marzo de 1876, donde la *Cour de Cassation*, al revocar una decisión que había abierto las puertas a una eventual revisión de un negocio jurídico, salió en defensa de la intangibilidad del contrato.

La que entonces fuera una agitadora tesis, al presente nos permite entender la razón de ser de las cláusulas exorbitantes⁹⁷³, pues desde el propio fallo fundador se señaló que, dado que la obligación principal del concesionario es asegurar una ejecución apta del servicio público concedido, las cargas iniciales pueden verse modificadas en la medida en que el servicio mismo lo exija. Por juiciosas que hayan sido las previsiones iniciales “pueden, o son siempre, superadas por los hechos que se producen en el transcurso de esta larga serie de años”, y, dado que las circunstancias efectivamente varían, como la Administración no puede desinteresarse del servicio una vez concedido, debe poder reaccionar a estas variaciones. De esta lógica se desprende precisamente la idea de que la Administración pueda, en cualquier momento, modificar –en mayor o menor grado– la extensión de las prestaciones que ha de ejecutar el contratante, llegando incluso a poner fin a la ejecución del contrato cuando ello resulte necesario⁹⁷⁴. En la base de esta facultad se encuentra el servicio público⁹⁷⁵, la razón de ser del poder de la Administración de modificar los contratos administrativos es la de satisfacer el interés general⁹⁷⁶.

⁹⁷³ La exorbitancia o excepcionalidad de las cláusulas ha sido ampliamente discutida para observar si este calificativo obedece al hecho de su no procedencia en el derecho privado, o simplemente de su escasa presencia o de su diferencial configuración. En todo caso consideramos que “desde el punto de vista contractual, por exorbitante debe entenderse la cláusula unilateral que rompe la igualdad de las partes y que faculta, en forma exclusiva, a la entidad contratante para tomar decisiones en su favor, sin obtener previamente el asentimiento del particular contratista”, LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro, *Contratos estatales*, Temis, Bogotá, 2007, p. 293.

⁹⁷⁴ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 239.

⁹⁷⁵ Cf. DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1956, p. 335, para quien no puede más que estar lógicamente fundado sobre las exigencias del servicio público.

⁹⁷⁶ Cf. MARTÍN REBOLLO, Luis, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en: Gómez-Ferrer Morant,

Debe entenderse que cuando la Administración modifica de manera unilateral el contrato no excede sus poderes, sino que está precisamente haciendo uso de ellos, no obstante esta facultad de modificación unilateral no es ilimitada. En Colombia, por ejemplo, el Estatuto Contractual reconoce un techo que obedece a un porcentaje del valor del contrato, superado el cual se le permite al contratista no continuar con la ejecución⁹⁷⁷. Estas delimitaciones responden tanto a derechos del contratista como a la propia garantía del servicio público pues “puede ocurrir que la modificación [...] sea de tal importancia que trastorne las previsiones que el empresario ha podido hacer razonablemente, que exceda su capacidad técnica y sus recursos financieros. En este caso, pero únicamente en este caso, el contratante tendrá derecho a pedir la rescisión del contrato.”⁹⁷⁸

Con todo y lo extraordinario de la potestad de la Administración de ejercer el *ius variandi*, no debe olvidarse que las modificaciones unilaterales no son una figura del todo extraña en el derecho que gobierna las relaciones entre particulares, pues allí en efecto se observan regulaciones como las que rigen la materia financiera que dan pie a un nutrido debate sobre la procedencia misma de la modificación unilateral en el derecho privado⁹⁷⁹.

Finalmente (para cerrar esta presentación inicial de la modificación unilateral pues es un tema transversal a toda la reflexión que se expone), debe recordarse cómo en la otra cara de la moneda se encuentra el interés legítimo del contratante, el derecho al restablecimiento del equilibrio que se ha roto dado una mayor carga obligacional, dada la variación de las condiciones devenida de la decisión administrativa, pues “si se lo sacrifica pura y simplemente, el contratante sufrirá, sin compensación, una expropiación de su derecho por causa de utilidad pública”⁹⁸⁰. Frente a la facultad de modificación unilateral se ha establecido precisamente el derecho del contratista a que se le

Rafael, *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 575-659; HORGUÉ BAENA, Concepción, op. cit., p. 71.

⁹⁷⁷ Artículo 16. “[...] Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo”.

⁹⁷⁸ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 234.

⁹⁷⁹ Cf. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, “La modificación unilateral del contrato”, en: González de Cancino, Emilssen, et al., *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 357-394; RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2014, en especial el capítulo II sobre la modificación unilateral.

⁹⁸⁰ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 234.

restablezca el equilibrio económico del contrato, es la contrapartida a ese poder unilateral, “el contrapunto necesario al *ius variandi* de la Administración”⁹⁸¹, un resarcimiento que ha sido visto como la indemnización del daño que la Administración causa al modificar de manera unilateral las obligaciones contractuales.

B. Sobre la interpretación unilateral

La interpretación unilateral⁹⁸² es una facultad que le permite a la entidad pública dilucidar discrepancias sobre el sentido de las estipulaciones contractuales ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el cocontratante. Es una facultad de resolver, a través de lo que constituye su privilegio de decisión unilateral y ejecutoria, las diferencias que se tengan al interior de la ejecución del contrato con el objetivo precisamente de evitar que estas pongan en peligro la normal prestación del servicio público. Por ello “no se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general.”⁹⁸³

Ahora bien, es importante clarificar que esta no constituye en realidad una causal de desequilibrio, por lo menos no cuando se le observa como la concreción de la autotutela administrativa. Es esa precisamente la línea de pensamiento que se sigue cuando se sostiene que con la interpretación unilateral “no se puede romper o no se rompe nunca el equilibrio financiero del contrato. Esto porque precisamente [...] no se está alterando la relación obligacional; la relación estaba dada, simplemente está precisándose y al no introducir ninguna variante, ningún cambio a esa relación obligacional, no puede operar desequilibrio del contrato.”⁹⁸⁴

Compartimos plenamente esta posición doctrinal, pues así entendida, la potestad excepcional de la que está haciendo uso la Administración lo que le permite es hacer

⁹⁸¹ VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, “El principio de riesgo y ventura”, en: Gómez-Ferrer Morant, Rafael, *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson -Civitas, Madrid, 2004, p. 542.

⁹⁸² Ley 80 de 1993, artículo 15 “si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.

⁹⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 780

⁹⁸⁴ GUERRERO, Myriam, op. cit., p. 251.

prevalecer, sin la necesidad de acudir al juez competente, su interpretación sobre el clausulado del contrato, lo que no impide que el contratista privado pueda, por otro lado, acudir luego al juez para que señale si efectivamente la interpretación que debe predominar es la que la Administración, en uso de un privilegio unilateral, consideró ser la apropiada.

La razón de ser de este privilegio está a la base del contrato mismo y es señalada por la ley, “con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”. Si lo que se pretende con la interpretación es una actuación más expedita (pues esperar un pronunciamiento en sede judicial puede ser perjudicial para el normal desarrollo del contrato), entonces no podría entenderse que ese privilegio, *per se*, pueda constituirse en una causal que fragmente el equilibrio. Cosa distinta ocurrirá si se comprueba, luego de demandar el acto que acoge la interpretación unilateral, que era un acto irregular, momento en el cual lo que se activaría sería una lógica indemnizatoria en sede de responsabilidad administrativa por el inadecuado uso de las facultades excepcionales, una responsabilidad patrimonial por falla o funcionamiento anormal del servicio.

No rompe entonces el equilibrio la interpretación unilateral cuando se le lee de esta manera, pues la autotutela administrativa lo que le concede al Estado es un privilegio de actuación exclusivo y anterior, una luz verde para no tener que esperar una intervención de las autoridades judiciales. Si luego el juez le da su beneplácito, quiere decir que la ecuación siempre debió leerse tal y como lo hizo la Administración, de lo contrario será la posición del contratista privado la que deba prevalecer, pero el equilibrio, la equivalencia nacida en el momento de proponer o contratar, en pureza, no se ha modificado, pues es uno solo, el problema es aclarar entonces cuál de las imágenes que tienen las partes corresponde a la más conforme.

C. Sobre la terminación unilateral

Las potestades de la Administración en el contrato son de tal entidad que llegan incluso a viabilizar el que de manera unilateral se ponga fin a la relación contractual cuando el interés general así lo exija. Dicho esto, debe señalarse de inmediato la dificultad que tiene el “conectar al equilibrio económico del contrato los efectos reparadores que

surgen por el desistimiento del contrato [lo que] no tiene sentido toda vez que ya no hay equilibrio que preservar.”⁹⁸⁵

De esta manera, otro tanto de lo que ocurre con la interpretación ocurre con la terminación unilateral, pues dado que el interés general ha indicado que deba darse por terminado el contrato administrativo, se dificulta en esta ocasión tomar el equilibrio originario como la medida del restablecimiento. “Es en este evento en el que se puede apreciar con mayor claridad el carácter artificial de la teoría de la ecuación contractual como fundamento de la responsabilidad de la entidad contratante. La terminación del contrato hace, en efecto, imposible el restablecimiento de las condiciones iniciales o de la equivalencia recíproca de las prestaciones, precisamente porque la ejecución de estas cesa de manera definitiva.”⁹⁸⁶

A pesar de que el artículo 14 del Estatuto Contractual abra las puertas al restablecimiento del equilibrio económico cuando tiene cabida la terminación unilateral, no es difícil estar de acuerdo con que en puridad no procede restablecimiento alguno del equilibrio económico cuando se ejerce esta potestad particular, “si lo que está haciéndose es terminar el contrato no está imponiéndose al contratista una nueva obligación adicional para ejecutar, por el contrario, lo que está haciéndose es impedir que el contrato se ejecute; no está alterándose la relación obligacional, está poniéndose término a la relación obligacional.”⁹⁸⁷

No puede dejar de reseñarse adicionalmente que otra de las notas que comparte esta singular potestad con la modificación unilateral, es que la terminación unilateral tampoco resulta del todo extraña al derecho privado, por el contrario, existen también connotados pronunciamientos doctrinales que se posicionan sobre el tema⁹⁸⁸.

Ahora bien, la señalada imposibilidad de ligar a la ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos las potestades de interpretación y de terminación unilateral

⁹⁸⁵ HORGUÉ BAENA, Concepción, op. cit., p. 174

⁹⁸⁶ BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, op. cit., p. 154.

⁹⁸⁷ GUERRERO, Myriam, op. cit., p. 251.

⁹⁸⁸ Cf. HINESTROSA, Fernando, “La terminación unilateral del contrato”, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pp. 429-461; MOLINA MORALES, Ranfer, “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 17, 2009, pp. 77-105; NAVIA ARROYO, Felipe, “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 14, 2008, pp. 35-67.

es otra muestra del bullicio que ya vemos genera esta azarosa noción de equilibrio, que como resultado inexorable va perdiendo mucho de su carácter aglutinador y explicativo.

El que la terminación unilateral se trate de manera cercana o incluso se entienda como una manifestación más de la “responsabilidad contractual” de la Administración por ruptura del equilibrio económico, hace que al entrar en estas consideraciones se desaten de inmediato una serie de reflexiones que tocan al monto del restablecimiento, o mejor, la forma de reparar el perjuicio ocasionado⁹⁸⁹. Deberá ser acaso toda la utilidad esperada por el contratista, la utilidad que hubiera obtenido si hubiese ejecutado todo el contrato, o será acaso una parte de ella. Será acaso justo que la medida del restablecimiento sea toda la utilidad, que ganaría en este caso “sin haberla trabajado” o será acaso una porción equivalente. Acaso la utilidad “esperada”, el beneficio industrial, constituye ya el daño cierto, o deberá acudir a un restablecimiento que parta de observar la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues la utilidad puede no estar asegurada, en especial cuando al análisis se le suma el tipo de contrato que celebre la Administración, pues sin duda cuando el contrato de concesión se realice “por cuenta y riesgo del privado”, la utilidad dependerá en mayor medida de su capacidad como ejecutor, razonamiento que puede variar cuando se trate de un contrato de obra o de prestación de servicios.

Estas inquietudes no pretenden nada distinto que hacer notar que la hipertrofia del equilibrio económico y el hecho de que a él se recurra con la desbordada frecuencia con que se hace, es una situación poco deseable que requiere de correctivos, correctivos que en breve avanzaremos, no sin antes señalar que facultades como la de modificación de los contratos públicos han sufrido en los últimos años una significativa modelación proveniente de la normatividad europea sobre la materia, modelación que quizás haya significado algún cambio sobre algunos de sus rasgos originales más esenciales.

II. Los límites a las facultades de modificación en el marco jurídico europeo

Que la facultad de modificación no sea un poder absoluto y que por ello se encuentre sometida a límites específicos, es una realidad conocida y aceptada en los

⁹⁸⁹ “Este poder de terminación comporta, en beneficio del contratista, una garantía sin la cual los contratos administrativos no tendrían elementos verdaderamente contractuales [...] La indemnización del perjuicio debe siempre, y desde hace mucho tiempo, ser integral [...] esto significa que todos los perjuicios sufridos por el contratista con ocasión de la terminación anticipada del vínculo contractual deben ser indemnizados.” BRACONNIER, Stéphane, “Los poderes unilaterales de la Administración en los contratos públicos”, en: Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge Iván (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 416.

ordenamientos que contemplan este tipo de prerrogativas; sin embargo, en el derecho contractual de la Unión Europea, a pesar de que su regulación suele tener como objeto la etapa de formación del contrato⁹⁹⁰, el alcance de la facultad de modificación en cabeza de la Administración está sometido a estrictos miramientos provenientes del ánimo de protección de la competencia, de garantizar principios como la igualdad de trato, no discriminación y la transparencia frente a los licitadores y de evitar que una modificación ulterior termine por falsear la libertad de concurrencia y el trato equitativo de aquellos que participan en procesos selectivos⁹⁹¹.

Esta puntual delimitación de las facultades de modificación de la Administración viene dada por una robusta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), del cual su primer pronunciamiento directo se ubica en la sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di frutta Spa*⁹⁹², posición jurisprudencial que ha tenido desarrollos posteriores⁹⁹³ y que abre las puertas del juez comunitario a un licitador que no haya sido adjudicatario del contrato que pueda verse afectado por una decisión modificatoria tomada por la entidad adjudicadora con posterioridad a la adjudicación, en especial cuando dicha decisión puede haber incidido de forma directa en la propia formulación de su propuesta, lo que en últimas va en contravía de la igualdad de oportunidades que debe regir la participación de todos los sujetos en el procedimiento contractual.

Como regla general, un poder adjudicador no podrá, sin tener que acudir a un nuevo procedimiento de selección, modificar posteriormente los requisitos de la licitación (en especial los que tocan a elementos de la oferta), de una forma no prevista por el propio

⁹⁹⁰ Cf. TRYBUS, Martin, “El derecho de la Unión Europea y la contratación pública”, en: Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge Iván (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 743-781; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova-Universidad de Alcalá, Valladolid, 2011.

⁹⁹¹ Cf. DÍEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁹⁹² Cf. VÁZQUEZ, MATILLA, Francisco Javier, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 143, 2009, pp. 529-564.

⁹⁹³ Sobre la doctrina del TJUE en materia de modificaciones contractuales se puede consultar VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *La modificación de los contratos públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2015; GIMENO FELIU, José María, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, Gimeno Feliu, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2015, las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 31-138; GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, Gimeno Feliu, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2015, las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167; VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, “La modificación de los contratos públicos: un obstáculo para la transparencia y la eficiencia”, en: *Revista de estudios locales*, núm. 161, 2013, pp. 551- 575.

anuncio de licitación, sin que ello viole el principio de transparencia. Para que proceda una modificación, después de haber sido adjudicado el contrato, dicha posibilidad de modificación y sus modalidades de aplicación deben estar expresamente previstas desde el anuncio y el pliego de la licitación.

Si las modificaciones estuvieran previstas en el anuncio y el pliego, si su alcance, naturaleza y condiciones en las que pueden usarse están delimitadas allí, entonces podrá proceder una modificación del contrato.

Fuera de estas modificaciones, de la mano de otro significativo pronunciamiento jurisprudencial⁹⁹⁴, el concepto de *modificación sustancial* se convierte en el criterio para determinar cuándo una modificación contractual puede contravenir el derecho de la Unión Europea. De conformidad con esta sentencia, que luego fuera objeto de consagración positiva en las llamadas directivas de cuarta generación⁹⁹⁵, el concepto de modificación sustancial se produce cuando, entre otras condiciones, “la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial”. De esta manera se observa que el concepto de equilibrio económico es recurrido también a nivel europeo, no para abrogar ahora por su mantenimiento, sino como una categoría que delimita el alcance de las modificaciones del contrato.

Cuando se produzca una modificación que estuviese prevista en los pliegos iniciales, entonces la noción de modificación sustancial cede como límite, evitándose con ello el tener que acudir a un nuevo procedimiento de selección. Esta particularidad del derecho comunitario europeo, que hace que como norma general las modificaciones deban estar previstas en los pliegos iniciales de la contratación (modificaciones que en todo caso no pueden alterar la naturaleza global del contrato), moldea de manera muy clara lo que antaño se consideró como una facultad que “deriva de la Ley y no del pacto [que] no precisa de un reconocimiento expreso en el clausulado del contrato para que la Administración pueda legítimamente ejercitarlas.”⁹⁹⁶

⁹⁹⁴ STJUE, del 19 de junio de 2008, *Pressetext*, C-454/06.

⁹⁹⁵ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, artículo 72 y Directiva 2014/23/UE Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, artículo 43.

⁹⁹⁶ HORGUÉ BAENA, Concepción, op. cit., p. 25.

Con todo y que continua abierta la puerta para que, cumplidos unos puntuales requisitos, de manera subsidiaria se modifique un contrato cuando se produzcan circunstancias “que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever”, lo cierto es que las facultades excepcionales que históricamente han marcado el trasegar de los contratos administrativos, se enfrentan en el marco comunitario europeo a una significativa demarcación que no puede obviarse a la hora de analizar las prerrogativas públicas en la actividad contractual. Así, “el interés público [...] ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado.”⁹⁹⁷

Como corolario de un extenso tratamiento jurisprudencial a nivel europeo y de las disposiciones de la llamada cuarta generación de directivas sobre la contratación pública, es evidente que las reglas comunitarias no se limitan ya a la fase de selección del contratista, sino que se aplican en la fase de ejecución. Por demás, las disposiciones comunitarias no solo moldean el ejercicio del *ius variandi*, por el contrario, regulan situaciones que no se pudieron prever por el poder adjudicador, e incluso regulan la terminación del contrato; por ello, en materia de concesiones, se ha llegado a lo que algunos autores han calificado como “la desaparición del privilegio unilateral”, pues en punto a dicha terminación nos recuerda GIMENO que fuera del incumplimiento, la concesión solo puede resolverse anticipadamente en los supuestos que de forma taxativa fija el artículo 44 de la Directiva 2014/23 de concesiones⁹⁹⁸.

De manera concluyente, el marco comunitario tiene tal impacto sobre el ejercicio de las potestades contractuales de la Administración, que en punto a la potestad de modificación unilateral se ha afirmado que como resultado “se empequeñece al *ius variandi*, [de tal manera] que queda convertido en una técnica de incorporaciones de adaptaciones menores del contrato [...]”⁹⁹⁹. Entendimiento compartido que se refuerza cuando se testimonia que “la modificación de los contratos públicos ya no es una

⁹⁹⁷ GIMENO FELIU, José María et al., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamento, equilibrio y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2017, p. 70.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁹⁹⁹ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, *op. cit.*, p. 166.

prerrogativa sino que es una posibilidad entendida de forma muy limitada, dado que lo importante es no alterar la adjudicación inicial del contrato.”¹⁰⁰⁰

III. La imposibilidad de vincular la institución de la responsabilidad administrativa con las situaciones típicamente enmarcadas en el ejercicio del *ius variandi*

Uno de los desafíos de la doctrina moderna es entender y reconocer las lógicas actuales que circundan una facultad excepcional como la que tiene la Administración de modificar unilateralmente un contrato por ella celebrado. Esto pues si bien en 1910 se necesitó de una teoría originadora (el servicio público), que como el *big bang* explicara el origen de una facultad que para entonces no tenía consagración legal, ni había sido pactada en el contrato, hoy esta facultad excepcional ha sufrido una consecencial transformación, producto de su consagración legal en muchos ordenamientos jurídicos contractuales, de su pacto recurrente en diversos contratos administrativos y de los aprendizajes provenientes del derecho comunitario. Hoy, con el servicio público a la base, habrá que volver sobre esta facultad y visitar posiciones como la que afirman que opera *ex lege* (más que *ex contractus*¹⁰⁰¹), que es una norma de derecho imperativo, irrenunciable¹⁰⁰², que, incluso a falta de estipulación expresa, se entiende pactada¹⁰⁰³.

Que hoy exista una facultad de la Administración de modificar un contrato que esté consagrada en la ley y que sea por demás pactada como una de las cláusulas contractuales más importantes del contrato administrativo, implica que cuando la Administración modifica el contrato, está haciendo uso del contrato mismo, está dándole cumplimiento, ejecutando el clausulado negocial. En este caso el origen de la obligación subsecuente de la Administración de reconocer una mayor contraprestación producto de una mayor carga obligacional es el contrato mismo, el pacto contractual (complementado por la ley de manera subsidiaria cuando no ha habido pacto expreso).

¹⁰⁰⁰ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín, prólogo a VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *La modificación de los contratos públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, España, 2015, pp. 20 y 21.

¹⁰⁰¹ Cf. OSORIO MORENO, Néstor, “Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?”, en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 95-108.

¹⁰⁰² Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524.

¹⁰⁰³ Ley 80 de 1993, artículo 14.2.

Reconocemos entonces que existe una facultad, que es de origen legal y que se plasma como una cláusula del contrato; cuando la Administración hace uso de ella, ejecuta la ley y el contrato mismo, esa es precisamente la fuente de la obligación, de allí que nos preguntemos (interrogante que ampliaremos más adelante), si no es esta ya la fuente del restablecimiento, si de verdad deba acudirse al entramado de la responsabilidad (¿contractual o extracontractual?) para explicar el porqué del restablecimiento del equilibrio. Nos preguntamos si puede hablarse de daño, en estricto sentido, cuando de la mano de la modificación del contrato va atada la mayor contraprestación económica que genera el cambio en las contraprestaciones contractuales. No parece existir un daño, en el sentido de aminoración patrimonial, cuando el acto mismo que modifica el contrato reconoce de inmediato que a las mayores cargas contractuales corresponde un mayor reconocimiento patrimonial.

Las situaciones que típicamente se enmarcan dentro de las potestades excepcionales de la Administración no se corresponden con el instituto de la responsabilidad administrativa. La veracidad de esta categórica afirmación se manifiesta parcialmente de la mano de las reflexiones arriba mencionadas sobre las facultades de interpretación y de terminación; sin embargo, en punto al *ius variandi*, la distinción había sido anunciada de manera magistral por CHAPUS, aunque lamentablemente sus reflexiones sobre la materia no han recibido la significativa importancia que en realidad tienen a efectos de la delimitación de la institución. Para el autor francés existe una prístina distinción, que no obstante parecer sutil por ser poco habitual, se evidencia cuando se observa que la indemnización que se otorga en la ejecución de una obligación de reparación no coincide con la indemnización que se otorga como compensación de una pérdida o sacrificio.

“Para convencerse –o acabar de convencerse- de esta realidad [es cuestión de observar que] cuando la administración realiza una expropiación por causa de utilidad pública, procede regularmente a una requisa, **hace uso de su derecho de modificar las condiciones de ejecución de un contrato que la ata con un particular** [...] un sacrificio se impone a una o más personas de manera perfectamente regular y lícita [...] en materia de expropiación, de requisa, de hecho del príncipe [en su entendimiento de modificación unilateral], como en materia de los problemas de vecindad, no es jurídicamente, con independencia de la denominación actual, otra cosa que un precio, determinado según modalidades

variables [...] nos encontramos acá fuera del cuadro general de la responsabilidad civil.”¹⁰⁰⁴ (énfasis añadido).

CHAPUS también nos aclara la importancia de evitar confundir las hipótesis de fallas contractuales con las hipótesis donde la Administración puede modificar las condiciones de un contrato sin cometer falta alguna. “Se trata entonces de actos que la Administración tiene el derecho e incluso el deber de realizar: no incumple una obligación, no hace nada diferente a ejecutar aquello que le incumbe, velar por la salvaguarda del interés general en virtud de la cual el contrato fue concluido. El cocontratante, que verá sus obligaciones recargadas, recibirá sin duda una indemnización, pero acá estamos fuera del cuadro general de la responsabilidad.”¹⁰⁰⁵

De la mano de la doctrina española se puede arribar a similar conclusión. Parte de la doctrina más autorizada había notado que “en último término, el *ius variandi* de la Administración no es sino una manifestación de la potestad expropiatoria general, que exige siempre una justa compensación. La única particularidad en este caso es que esa compensación se liquida en el seno de un contrato, puesto que el poder expropiatorio se ejerce directamente sobre él.”¹⁰⁰⁶

Por demás, la pista aportada por GARRIDO FALLA, condensada en una multiplicidad de sus trabajos¹⁰⁰⁷, es sin duda ahora de significativa importancia. Así, con todo y que su pretensión de división conceptual de las nociones de *responsabilidad e indemnización* no haya tenido una verdadera acogida doctrinal, no por ello es despreciable que en esta división reside una clara evidencia de dos fenómenos que, a pesar de compartir elementos comunes, no se sobreponen en todas sus aristas. Para este autor mientras que los supuestos de responsabilidad incluyen el análisis de los daños, “los supuestos de indemnización incluyen toda suerte de expropiaciones.”¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁴ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., pp. 340 y 341.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 372.

¹⁰⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 788.

¹⁰⁰⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2005; “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto de 1989, pp. 7-48; “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 81, septiembre-diciembre de 1976, pp. 7-33.

¹⁰⁰⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, op. cit., p. 17.

No puede atribuirse a una mera coincidencia el que una diversidad de autores, a los que quizá haya que sumar al propio JÈZE¹⁰⁰⁹, encuentren en la expropiación forzosa la institución jurídica que explica buena parte de lo que ocurre cuando la Administración modifica de manera unilateral un contrato. Por esto, al tiempo que se traen a colación estas posiciones doctrinales, habrá que recordar el inmenso esfuerzo doctrinal por escindir las instituciones de la responsabilidad patrimonial y de la expropiación forzosa, donde bastará por ahora con recordar que el concepto del justiprecio, que va atado a la expropiación, se diferencia de la noción del daño antijurídico.

Para nosotros, allende estas importantes reflexiones doctrinales que soportan la tesis de la independencia de la responsabilidad y el ejercicio de las facultades excepcionales, creemos que existe otro factor decisivo fundamental que pone de manifiesto que lo que ocurre al interior del ejercicio de las potestades excepcionales no se corresponde con la institución de la responsabilidad administrativa, es la falta de concurrencia del elemento común, de la *lesión atribuible*¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁹ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 248.

¹⁰¹⁰ La comprobación de esta afirmación terminará de redondearse al final del capítulo V del presente título.

CAPÍTULO III. EL HECHO DEL PRÍNCIPE Y LA CONCRECIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Sin detrimento de lo expresado sobre las potestades excepcionales, no todas las situaciones que históricamente han sido estudiadas bajo el lente del equilibrio económico del contrato administrativo se hallan a extramuros de la responsabilidad; por el contrario, lo aleatorio y turbulento de la situación se deriva precisamente del hecho de que algunas de estas situaciones enmarcadas en las llamadas causas de ruptura obedecen, en puridad, y con todas sus notas definitivas, a la responsabilidad administrativa, una responsabilidad que como elemento incidental ocurre en el marco de la actividad contractual. Comprender cabalmente la manera en que la institución de la responsabilidad despliega ahora su concurso para reaccionar frente a eventos ocurridos al interior de la ejecución de un contrato administrativo, implica primero comprender cabalmente el tratamiento que históricamente ha tenido una noción tan significativa para la contratación estatal como la noción del hecho del príncipe (*factum principis*).

I. Sobre las diversas interpretaciones doctrinales del hecho del príncipe

El entendimiento común del hecho del príncipe ha sido uno de los temas más espinosos para la doctrina contractual administrativa; nótese que estamos haciendo referencia a una doctrina que no es pacífica ni logra llegar a acuerdos siquiera sobre los entendimientos más básicos de la figura. “La teoría del ‘hecho del príncipe’ nació en Francia, cuna de tantas concepciones luminosas. Pero nunca fue sistematizada. **Su mecanismo y contenido es confuso, incierto y vacilante**, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.”¹⁰¹¹ (énfasis añadido)

Un breve repaso por la doctrina permite pronto identificar las diversas posiciones que han existido en torno a la concepción del hecho del príncipe. En una de las obras clásicas sobre los contratos públicos se empieza por reconocer que la noción del hecho del príncipe es compleja, “es una de las más confusas del derecho de los contratos administrativos. La razón de ser de las dificultades es que la expresión hecho del

¹⁰¹¹ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, p. 480.

príncipe es comúnmente tomada en dos sentidos diferentes: uno amplio y otro estricto.”¹⁰¹²

En un sentido amplio, la doctrina se refiere al hecho del príncipe para señalar todas las medidas dictadas por los poderes públicos que tengan como resultado hacer más onerosa o difícil la ejecución de un contrato. En su sentido estricto, por otro lado, “la teoría del hecho del príncipe solo puede ser invocada si la medida perjudicial al cocontratante emana de la entidad pública que concluyó el contrato; es inaplicable si la medida emana de una autoridad pública diferente; en esta última hipótesis el cocontratante podrá quizás invocar la teoría de la imprevisión (si las condiciones de esta teoría se encuentran reunidas)”¹⁰¹³. Tal y como lo anuncia el autor, la demarcación entre las dos teorías fue precisada por el *Conseil d’Etat* en los fallos de 4 de marzo de 1949, *Ville de Toulon* y de 15 de julio, *Ville d’Elbeuf*.

Observada en detalle, la posición expresada por los citados autores del *Tratado de Contratos Administrativos* no se pronuncia en realidad sobre dos, sino tres interpretaciones posibles y diferentes del hecho del príncipe, pues existe además una noción “‘strictissimo sensu’ (que es a su vez identificada por RICHER¹⁰¹⁴); así, habrá que diferenciar, ubicados ya dentro de las medidas que toma la misma autoridad contratante, si la actuación consiste en una medida general tomada en calidad de autoridad pública o particular en su calidad de administración contratante.

BÉNOIT¹⁰¹⁵, VEDEL¹⁰¹⁶, RIVERO¹⁰¹⁷, ARIÑO¹⁰¹⁸ y RODRÍGUEZ¹⁰¹⁹ conforman un prolongado listado que se extiende, cada uno tiene algo que decir, su propia concepción sobre cómo debe estructurarse el hecho del príncipe, cada autor toma una posición, cada uno aboga por un camino. Es precisamente lo que hace MARIENHOFF cuando se posiciona sobre uno de estos puntuales criterios diferenciales, pues afirma que para la existencia del hecho del príncipe la disposición del Estado debe ser de carácter general,

¹⁰¹² DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. II., op. cit., 516.

¹⁰¹³ DE LAUBADÈRE, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 10ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1957, p. 438.

¹⁰¹⁴ RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 284 y ss.

¹⁰¹⁵ BÉNOIT, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, Librairie Dalloz, París, 1968, pp. 636-639.

¹⁰¹⁶ VEDEL, George, *Droit Administratif*, Presses universitaires de France, París, 1961. Versión en español: *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar, Madrid, 1980, p. 718.

¹⁰¹⁷ RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 13ª ed., Précis Dalloz, París, 1990, p. 165.

¹⁰¹⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., pp. 255 y 269.

¹⁰¹⁹ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, op. cit., pp. 65 y ss.

diferenciándola con ello de “los actos de alcance particular que dan lugar a la responsabilidad contractual del Estado”, pero “poco importa de qué órgano estatal provenga dicha resolución o disposición [...] dicha medida puede proceder de cualquier autoridad pública [...]”¹⁰²⁰.

BADAOU, en un trabajo dedicado de manera exclusiva al estudio de la institución, muestra primero el trato diferencial del que es objeto el hecho del príncipe en derecho privado y en derecho público. Señala inicialmente que esta noción en Derecho Civil, en ordenamientos como el francés y el egipcio, es considerada como una variedad de la fuerza mayor, por ello mientras que el hecho del príncipe en los contratos civiles supone un obstáculo insuperable, en Derecho Administrativo la medida tomada por la autoridad pública hace la ejecución del contrato más onerosa o menos lucrativa¹⁰²¹.

De la construcción propuesta por BADAOU (quien se identifica con la noción en sentido amplio) se debe resaltar un elemento clave, la diferenciación que concibe sobre los efectos en la agravación de las cargas del cocontratante que el hecho del príncipe puede producir. Desde esta construcción, si la agravación va directamente al corazón de las disposiciones contractuales, se trata de una *modificación intrínseca*, una agravación directa. Si por el contrario el hecho del príncipe no toca directamente las cláusulas del contrato, la modificación se considera *extrínseca*. En este segundo tipo en realidad “las obligaciones de las partes son las mismas, las prestaciones a llevar a cabo permanecen invariables en naturaleza, cantidad y calidad. Lo que se modifica es la facilidad de ejecución de las obligaciones, no las obligaciones en sí mismas.”¹⁰²²

Una misma noción y tres distintas posibles acepciones quizás sean la muestra de una patología más reveladora, una patología que viene dada por el uso mismo del concepto de equilibrio como la supuesta institución jurídica sobre la que se debe estudiar el tema. En particular, si se observa que las modificaciones provenientes del hecho del príncipe coinciden en realidad con la noción de modificación extrínseca (pues la intrínseca se corresponde con el concepto de *ius variandi*), se observa el carácter ficticio de una noción como la del equilibrio económico. En las modificaciones extrínsecas no se está en realidad modificando equilibrio alguno, pues lo que se modifica son las condiciones

¹⁰²⁰ MARIENHOFF, Miguel, op. cit., pp. 481 y 485.

¹⁰²¹ Cf. BADAOU, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, op. cit., pp. 1 y 2.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 166.

externas, el entorno en el que el contrato debe ejecutarse, no las prestaciones concretas del contrato mismo.

Al hilo de esta presentación doctrinal, se observa una noción en extremo azarosa, fluctuante, que poco ayuda a avanzar en una construcción unificada, una problemática que supera las meras discusiones teóricas y que da paso a concretas manifestaciones de la confusión en los ordenamientos jurídicos.

Un ordenamiento jurídico como el colombiano ha participado de estas diferencias doctrinales que han visto su sello plasmado en una jurisprudencia zigzagueante en torno al tema. Este curvado entendimiento jurisprudencial actual de la figura constituye una verdadera dificultad práctica pues impide que se observe adecuadamente lo que de manera efectiva ocurre cuando una entidad estatal, cualquiera que ella sea, a través de una medida de carácter general, afecta la normal ejecución de un contrato.

En una de las etapas que ha vivido la jurisprudencia administrativa colombiana, se entendió que el hecho del príncipe podía provenir de cualquier entidad pública. Con posterioridad su entendimiento varió para circunscribirla a una procedencia exclusiva cuando la medida sea tomada por la misma autoridad contratante, lo que coincide con la comprensión de la noción en sentido estricto acuñada por la doctrina.¹⁰²³

Un importante recuento de las diferentes líneas jurisprudenciales sobre el tratamiento del hecho del príncipe fue presentado en una aclaración del voto a la sentencia del 4 de febrero de 2010, expediente 15.400¹⁰²⁴. Desde allí se mostró que “la jurisprudencia que pacíficamente aceptaba la configuración del hecho del príncipe cuando una medida estatal de carácter general de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado tuviera incidencia en la ecuación del contrato, [pasó luego a] circunscribir su aplicación solo al acto general de la autoridad contratante por cuya virtud procede la alternación anormal, grave y onerosa del contrato.”

¹⁰²³ Para el caso español, de la mano de la citada obra de ARIÑO, se puede observar cómo, de igual manera, este ordenamiento identifica un hecho del príncipe con las medidas de carácter general tomadas por la autoridad contratante. Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., pp. 255 y ss. En todo caso esta lectura no constituye una posición pacífica en la doctrina administrativa española, cf. VÁZQUEZ LACUNZA, Estela, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, op. cit., pp. 261 y ss., quien ve posible que se pueda invocar el *factum principis* por decisiones tomadas por otra Administración.

¹⁰²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 15.400. Aclaración del voto presentada por la consejera Ruth Stella Correa.

Sin pretensiones de exhaustividad, al final de la línea jurisprudencial se encuentra hoy una posición que identifica al hecho del príncipe con una actuación emanada de la misma autoridad contratante, pero que no es tomada en virtud de la actividad contractual que despliega, sino en virtud de su actividad administrativa general; es entonces una medida administrativa general y abstracta tomada por la misma entidad pública que contrata. De este modo es que se puede diferenciar de la doctrina del *ius variandi*, cuyas medidas sí que se toman en función del contrato mismo¹⁰²⁵, al tiempo que, como corolario de esta posición jurisprudencial, las medidas que afectan el contrato, que son tomadas por una autoridad distinta a la contratante, son encuadradas bajo la teoría de la imprevisión.

II. Los entendimientos diversos del hecho del príncipe y su repercusión sobre el reconocimiento de la responsabilidad administrativa

Encuadrar bajo un *nomen* jurídico cada una de las situaciones que pueden rodear los problemas de ejecución del contrato provenientes de las actuaciones de la Administración resulta, en últimas, ser un problema de preferencia, lo importante es entender las lógicas que existen tras cada una de las categorías que se acojan. Por nuestra parte nos inclinamos por regresar a la posición inicial sostenida por DE LAUBADÈRE, por razones de fondo que pasamos a explicar y sobre las que volveremos al final de este trabajo.

Si se entendiera el hecho del príncipe como un categoría general, esto es, si bajo su sistematización llegáramos a comprender tanto las medidas generales provenientes de la misma autoridad contratante como las medidas provenientes de las otras autoridades públicas (últimas que la jurisprudencia administrativa colombiana trata a partir de la teoría de la imprevisión), se lograría entonces un tratamiento unificado sobre la responsabilidad del Estado por daño especial, de esta manera se haría palmario que su ocurrencia debe ser abordada en sede de responsabilidad administrativa; esto pues, aunque estemos en el marco de un contrato, las razones de la reacción de la Administración por hacer más onerosa una carga pública, por hacer más gravosa la ejecución del contrato, no se explican en razón del contrato mismo, sino de la medida

¹⁰²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de julio de 2012, exp. 21.990.

general que ha adoptado una autoridad pública y el daño especial que haya podido ocasionar. Incluso si la medida general emana de la misma autoridad pública que contrata, cuando esta la adopta no lo está haciendo en uso de sus facultades contractuales, no está delimitada por el contrato, sino que la medida, por definición, es ajena a él.

Para acabar de comprender lo que en realidad acá sucede debemos tener ahora presente (sin perjuicio de ser una noción que ampliaremos en el capítulo V), que el equilibrio no es el fundamento mismo de la reparación, el equilibrio en realidad no es sino la medida del restablecimiento; al contrato, al contenido obligacional solo debemos acudir para identificar la desigualdad ante las cargas públicas, para identificar la medida de la lesión a reparar, pero no es el equilibrio la razón de ser última de la reacción administrativa que se concreta en la restitución económica, es en cambio otra institución jurídica la que aquí se despliega, la responsabilidad, esta vez objetiva, de la Administración.

Precisamente al estudiar la naturaleza de la indemnización que otorga la Administración como contraprestación a la ocurrencia de un hecho del príncipe, BÉNOIT confiesa que es “técnicamente delicada de determinar”.

“Para algunos autores, el reconocimiento de ese derecho será la manifestación de la puesta en funcionamiento de la responsabilidad contractual sin culpa. Pero podremos objetar que es difícil de comprender cómo la Administración podría comprometer su responsabilidad contractual cuando precisamente ha actuado en una calidad diferente a la de cocontratante [...] En realidad, parece bien que nos encontramos acá en una frontera entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad general de la Administración [...] el derecho al equilibrio financiero del contrato en el caso del hecho del príncipe se explicará así por la influencia subyacente de las reglas sobre la responsabilidad general de la Administración.”¹⁰²⁶

Este “carácter híbrido” de la responsabilidad de la Administración identificado por el citado autor, que caracterizaría la concreción de un hecho del príncipe, no parece serlo más que de manera aparente. Se demuestra acá, de nuevo, lo artificial de pretender un tratamiento dual de la “responsabilidad contractual” y la responsabilidad extracontractual de la Administración. En particular, se evidencia la absoluta falta de necesidad de construir una teoría independiente de la “responsabilidad contractual” administrativa alejada de su par extracontractual. Los rasgos más particulares del hecho del príncipe demuestran que la responsabilidad administrativa, construida de un modo general sobre las lógicas más características de la responsabilidad extracontractual, es

¹⁰²⁶ BÉNOIT, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, op. cit., pp. 641 y 642.

una institución que da cuenta de los daños que pueden ocurrir y que debe afrontar la Administración dentro y fuera de su actividad contractual. Explicar la indemnización que se produce por el acontecimiento de un hecho del príncipe no requiere, ni muchos menos, una construcción particular e individualizada de la “responsabilidad contractual” administrativa, pues, insistimos, la responsabilidad es una sola institución cuyos fundamentos y condiciones de existencia permiten explicar también plenamente la indemnización que acá se otorga.

Tampoco creemos que resulte accidental el que la doctrina especializada haya concluido que “el fundamento de la indemnización de *factum principis* es el principio de responsabilidad objetiva de la Administración [...] La justificación de la indemnización [...] es, en definitiva, la misma que la de la responsabilidad extracontractual de la Administración”¹⁰²⁷ o que se haya sostenido antes que “el hecho del príncipe es una aplicación de la teoría general de la reparación equitativa del daño”¹⁰²⁸.

El propio GARCÍA DE ENTERRÍA había señalado desde la referida obra donde justificaba la introducción de la institución de la responsabilidad administrativa en el ordenamiento jurídico español, que el hecho del príncipe “es ya, en cierta manera, una responsabilidad extracontractual, aunque liquidable en el seno de un contrato, por esa razón de que se trata de una interferencia incidental de los poderes rigurosamente extracontractuales de la Administración, de un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato precisamente aseguraba al contratista privado.”¹⁰²⁹

En este mismo sentido, para parte de la doctrina administrativa más autorizada, el hecho del príncipe es una concreción de la aplicación de una teoría general de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual:

“El *factum principis* [...] en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista, **da lugar a compensación, en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad, ya sea normal o anormal** (arts. 106 de la Constitución, 139 LPC y 121 LEP)”¹⁰³⁰ (énfasis añadido).

¹⁰²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. 267.

¹⁰²⁸ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 39.

¹⁰²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 205.

¹⁰³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 787.

Esta posición que concluye que la responsabilidad derivada del hecho del príncipe no es nada diferente a una típica responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, una responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos, que se explica plenamente con la construcción general y que sostiene que el hecho de que ella pese sobre un contratista de la Administración no modifica en nada su naturaleza, tiene además un específico sustento doctrinal, pues, de la mano de autores como PEQUIGNOT¹⁰³¹ y BADAOUÏ¹⁰³², creemos poder aseverar que es la responsabilidad de la Administración y no el azaroso concepto de equilibrio económico lo que justifica la reacción y el traslado patrimonial que ocurre al interior de una situación típica enmarcada en el hecho del príncipe, pues ha existido en este caso un daño que puede serle imputado a una actuación administrativa, existe una *lesión atribuible* al actuar de una autoridad pública.

Esta crítica al concepto del equilibrio económico del contrato como fundamento de la reparación tiene, sin duda, su apoyo doctrinal más fuerte precisamente en la obra de BADAOUÏ, quien si bien circunscribe su análisis a lo que hoy constituye una sola de las causas de ruptura, esto es, al hecho del príncipe (aunque en su concepción esta noción incluye también el *ius variandi*), pone de presente una crítica ardua a la teoría del equilibrio financiero como noción integral, al tiempo que estima que la institución de la responsabilidad de la Administración es suficiente para explicar la indemnización del contratista en hipótesis donde sus cargas se vean acrecentadas por el hecho de una autoridad pública.¹⁰³³

Lo prescindible de la noción de equilibrio económico terminará por redondearse con el estudio puntual de la causa de ruptura que está aún pendiente por ser estudiada, la teoría de la imprevisión; sin embargo, sirvan estas líneas generales para dejar sentado desde ya otra muestra de lo perturbador e innecesario del recurrido concepto.

Finalmente, y en esto seguimos la presentación del profesor ARIÑO, aparte de las individualizaciones presentadas sobre la noción del hecho del príncipe, “conviene, asimismo, distinguir el *factum principis* de los casos que constituyen el puro y simple incumplimiento por la Administración de un deber de prestación contractual, supuestos

¹⁰³¹ PÉQUIGNOT, Georges, *Theorie générale du contrat administratif*, París, 1945, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, op. cit., p. 206.

¹⁰³² BADAOUÏ, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, op. cit., en particular el capítulo II.

¹⁰³³ *Ibid.*, p. 133.

estos últimos que ha de ser encuadrados en los artículos 1.101 y siguientes del Código civil (doctrina de la responsabilidad contractual)¹⁰³⁴. Doctrina que, no obstante ser identificada por el autor como perteneciente a la “responsabilidad contractual”, a este punto estamos en la capacidad de concluir su pertenencia a una institución unificadora de la responsabilidad administrativa, vía falla o funcionamiento anormal del servicio.

III. Aún más ruido

Pero hay más, como en botica. Por si no fuese suficiente con lo ya expresado a este punto, existe otra perniciosa consecuencia de concebir, como en efecto se concibe, el hecho del príncipe en su citado sentido estricto. Esto es, se produce una consecuencia normalmente inadvertida de arrojar a la teoría de la imprevisión las alteraciones que sobre la ejecución del contrato generan la actuación de una autoridad distinta de la contratante. Con este entendimiento particular hemos sumado, sin haberlo evidenciado, otro elemento agitador al principio del equilibrio económico del contrato estatal.

¿Qué razón puede justificar que cuando la medida sea tomada por la misma entidad que contrata, siendo esta general y abstracta, el contratista tenga derecho a toda la indemnización, pero si su afectación es el resultado del actuar de una entidad pública diferente, solo tenga derecho a lo que se ha conocido como la mera compensación (donde se excluye el lucro cesante), como en efecto ocurre hoy en día con el monto indemnizatorio cuando lo que se despliega es la teoría de la imprevisión? ¿Acaso una entidad que actúa dentro de la concepción actual del hecho del príncipe, cuando impacta el contrato, no lo hace en las mismas condiciones, bajo las mismas reglas y con las mismas consecuencias que lo haría el resto de entidades públicas?

Si a las actuaciones que se enmarcan precisamente como hecho del príncipe se les individualiza del *ius variandi*, en la medida en que la entidad no actúa como contratista sino que lo hace como lo haría cualquier otra entidad pública, la modificación que sufre la ejecución contractual no tiene en este caso naturaleza diferencial alguna provenga de la autoridad que contrató o de otra diferente, no importa con ello la individualidad de la entidad pública dado que todas ellas actúan bajo las mismas condiciones, todas ellas

¹⁰³⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. 264.

actúan al margen de las prestaciones contractuales que han sido pactadas y que deben ejecutarse.

Nótese además que si en realidad quisiera enmarcarse el hecho del príncipe como una hipótesis típica de la “responsabilidad contractual” sin culpa de la Administración, esta concepción se enfrenta a la enorme talanquera de una Administración que cuando modifica por efecto reflejo un contrato, lo hace en uso de sus competencias absolutamente independiente de las contractuales, por lo que tratar de explicarlo a partir de una supuesta “responsabilidad contractual” es, cuando menos, artificial.

Por demás habría que preguntarse por la acción contenciosa procedente, por lo menos la más idónea, para buscar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato proveniente de una medida tomada bien por la entidad contratante bien por una entidad pública diferente a aquella que contrata; será acaso la de controversias contractuales o deberá serlo la de reparación directa. Cada una trae inmediatamente a colación una serie importante de consideraciones que si bien no serán objeto de desarrollo en el presente trabajo, sin duda representan un significativo espacio de discusión.

La jurisdicción colombiana ha tenido la oportunidad de evidenciar el problema, aunque, en nuestra opinión, no haya explorado el fondo (no era ese el objeto central de la decisión). En la referida sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 24.169, el Consejo de Estado abordó la legalidad de un acto administrativo que: “no fue proferido por la administración pública en su condición de concedente, [...] la administración profirió el acto cuestionado, no en ejercicio de una prerrogativa contractual, sino en desarrollo de las atribuciones que le confiere la ley para regular, en algunos aspectos específicos, el monopolio rentístico de suerte y azar [concluye entonces la Corporación que] la legalidad [de esa resolución] no es susceptible de ser cuestionada a través de la acción de controversias contractuales [...]”. Así, si la jurisdicción contenciosa decidió entonces (en un caso que se podría considerar como una configuración típica del hecho del príncipe tal como lo entiende en la actualidad la jurisprudencia administrativa colombiana) descartar la procedencia de la acción de controversias contractuales para pretender el restablecimiento de la situación, a pesar de mediar un contrato entre las partes, qué decir de aquellos actos que provengan, no ya de la autoridad que contrata, sino de otra diferente, ¿cuál será entonces la acción procedente para buscar una reparación del daño que le ha ocasionado a un contratista del Estado la actuación de un autoridad pública, cualquiera que ella sea? ¿Debe variar la procedencia de la acción por

el hecho incidental de que la autoridad pública que adopta la medida general tenga además la condición de contratante?

No paran acá los interrogantes. Cuando se observa que las medidas adoptadas por las distintas autoridades públicas pueden llegar a ser irregulares, se abre con ello la posibilidad clara de buscar su nulidad y la correspondiente indemnización de daños que la medida pudo irrogar. Es verdad en este caso, como ha sido advertido por la doctrina, que el derecho a la indemnización que nace acá no obedece ya a la teoría del hecho del príncipe sino de la responsabilidad por falla por el ejercicio irregular de las prerrogativas, pero el que se afirme que será “responsabilidad contractual por falla si la medida emana de la Administración que ha concluido el contrato [y] responsabilidad extracontractual por falla si emana de una autoridad extranjera al contrato”¹⁰³⁵, no hace más que ahondar lo que ya de por sí se torna en una situación enmarañada.

En todo caso, parte fundamental de la respuesta a este interrogante depende, entre otras, del patrimonio público que se persiga, será acaso el de la entidad pública tercera, cuando ha sido esta la que ha emitido un acto general que termina por afectar la ejecución contractual o será el de la entidad pública contratante, no obstante no exista forma alguna de imputarle el ¿daño?, no obstante no existir una relación de causalidad entre la actividad desplegada y el perjuicio causado, cuando ese perjuicio es el resultado de una actuación general de otra autoridad del Estado.

Obsérvese que en la referida sentencia de la *Ville d'Elbeuf*, el contratista al que se le concedió una indemnización por no haber podido aumentar las tarifas en el negocio de alumbrado, no por una medida adoptada por la propia comuna de Elbeuf, sino por una decisión general adoptada por el Estado, vio satisfecho su derecho al acudir a la teoría de la imprevisión y recibió su restablecimiento a cargo de la comuna, además:

“[...] en una segunda sentencia del mismo día, el Consejo de Estado negó a la *villa de Elbeuf* el derecho de dirigirse contra el Estado para exigirle el reembolso de la indemnización de imprevisión, que había sido obligada a pagar. En efecto, como se ha dicho antes a propósito de la responsabilidad resultante de las leyes y reglamentos, se trataba de una medida general, que no afectaba especialmente a la *villa de Elbeuf*; el perjuicio no tenía, por tanto, el carácter de especialidad que es necesario en las hipótesis de responsabilidad sin falta”¹⁰³⁶.

Fue entonces la comuna de Elbeuf quien debió soportar en este caso las consecuencias de una medida que, aunque calificada como un acto de imprevisión, fue generada por el

¹⁰³⁵ DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 520.

¹⁰³⁶ VEDEL, George, *Droit Administratif*, op. cit., p. 722.

actuar del Estado, de otra autoridad administrativa perfectamente identificable. Esto es, la contraprestación económica debió ser afrontada por la entidad contratante no obstante que el detrimento tenía causa de la actuación de otra autoridad pública a la que le era en consecuencia imputable la lesión.

Sin el ánimo de agotar una de las discusiones más interesantes en sede de responsabilidad patrimonial, nos remitimos a subrayar ahora las palabras MOREAU¹⁰³⁷, para quien uno de los principales retos actuales de la academia en el estudio de la responsabilidad, a lado de la causalidad, es la determinación del patrimonio público responsable de resarcir el daño.¹⁰³⁸

¹⁰³⁷ Cf. MOREAU, Jacques, “El papel de la jurisdicción administrativa francesa en la creación (construcción) del Derecho de la responsabilidad administrativa”, en: Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (eds.), *100 años de la Jurisdicción Contencioso Administrativa – justificación, restos y aporte al Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 225-242.

¹⁰³⁸ Estas anteriores consideraciones se ponen de presente a pesar, o quizá a propósito, de que para un autor como MARIENHOFF “carece de toda trascendencia, entonces, que la medida perturbadora del equilibrio o ecuación económico-financiera provenga o no de la misma autoridad pública que celebró el contrato. Tal medida perturbadora en todos los casos, será imputable al ‘Estado’, cualquiera que sea el órgano o repartición de éste de que provenga la medida lesiva”. Creemos, en cambio, que es imputable al Estado, sí, pero es indispensable conocer el patrimonio público particular que debe soportar el restablecimiento.

CAPÍTULO IV. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: UNA AYUDA “EN DEHORS” DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

I. La necesaria reacción frente al porvenir

El desfase entre la realidad de los hechos y las previsiones iniciales efectuadas por quienes acuerdan sus voluntades, constituye un fértil terreno sobre el que germina una significativa reflexión sobre la forma en que se debe hacer frente a la fatalidad de los acontecimientos. Si acudiésemos al principio basilar del *pacta sunt servanda*, tendríamos una respuesta que aboga por el cumplimiento irrestricto; en la otra cara de la moneda, de la mano de mandatos como el de ejecución contractual de buena fe, se abren las puertas a un camino disímil.

Desde el derecho privado, una de las posiciones de gran raigambre histórico, ha sido proveída desde una lectura estática del contrato: “el poder de celebrar un contrato incluye el de anticipar, y la falta de la anticipación constituye un torpe ejercicio del poder contractual. La víctima de esta insuficiencia es precisamente la que se queja de ella: si tenía todos los medios para organizar la reacción en caso de que ocurriesen circunstancias imprevistas, ella es la única responsable de las desdichas que le aquejan cuando ocurren tales circunstancias.”¹⁰³⁹ Con la aceptación del vínculo contractual van implícitas todas sus consecuencias, por ello, de la mano del citado fallo del *Canal de Crapone*¹⁰⁴⁰, se había señalado que los jueces no pueden, “por muy equitativa que les parezca su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar el acuerdo de las partes”, lo que en consecuencia presenta una mirada de desconfianza sobre un juez que entre a reemplazar a las partes, que supla su autonomía y modifique las convenciones que han sido pactadas.

Una posición contraria, desde la propia doctrina privada, observa que la fuerza obligatoria del contrato no puede derivar en la absoluta intangibilidad de las disposiciones y en la inactividad de los sujetos contractuales frente a situaciones no previstas que afectan gravemente la ejecución contractual de su contraparte, se posiciona así sobre una concepción más dinámica del negocio jurídico, a fin de cuentas “es ilusorio querer instaurar un sistema contractual cerrado en donde todo es previsible

¹⁰³⁹ REVET, Thierry, “La revisión del contrato”, en: *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Jornadas colombianas Asociación Henry Capitant, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 128.

¹⁰⁴⁰ Cf. *Supra*, cap. II, I-A.

en razón de la intangibilidad del contrato; siempre circunstancias posteriores afectan esta utopía.”¹⁰⁴¹

A pesar de que una gran mayoría de textos normativos que rigen las relaciones entre privados, en particular un número importante de Códigos Civiles, continúan sin consagrar disposiciones que regulen el restablecimiento de un contrato que se ha visto afectado por circunstancias imprevisibles e imprevistas por las partes, que se enfrenten a la excesiva onerosidad sobrevenida¹⁰⁴², por fortuna, otras disposiciones comienzan a reconocer y a dar prioridad a otros miramientos por encima de la mera intangibilidad¹⁰⁴³.

Es lo que ocurre con el Código de Comercio colombiano, que en su artículo 868 establece la posibilidad de revisión de solicitud del contrato cuando “circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa”. Ante esta solicitud el juez podrá ordenar, de ser posible, “los ajustes que la equidad indique”, caso contrario decretará la terminación del contrato. Es una disposición normativa que recoge ya los elementos típicos de la imprevisión y que niega a su vez su procedencia para contratos aleatorios o de ejecución instantánea.

En un sentido análogo, los llamados Principios Unidroit (artículo 6.2.1-6.2.3) sobre los contratos comerciales internacionales, luego de insistir sobre la obligatoriedad del contrato aunque este devenga más oneroso para una de las partes, desarrollan la llamada cláusula *hardship*, que procede cuando el equilibrio de un contrato se vea alterado por eventos que no se pudieron razonablemente prever en el momento de su celebración, que escapen al control de la parte en desventaja y que no constituyan riesgos asumidos por ella. En este caso, de no llegarse a un acuerdo entre las partes, se podrá acudir a un tribunal, quien a su vez podrá, o bien resolver el contrato, o bien optar por su

¹⁰⁴¹ BENÍTEZ CAORSI, Juan José, *La revisión del contrato*, op. cit., p. 9.

¹⁰⁴² Cf. RIVERA, Julio César, “La teoría de la imprevisión. Estudio comparativo entre legislaciones latinoamericanas”, en: *Revista crítica de Derecho Privado*, núm. 6, 2009, pp. 335-371.

¹⁰⁴³ Es lo que ocurre precisamente desde la propuesta del Código ReNEUAL, que en su Libro IV sobre contratos, acude a la noción de cambio excepcional de las circunstancias, que haga manifiestamente injusto que el deudor permanezca obligado a la prestación, para permitir una modificación obligacional o incluso la resolución del contrato. Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol et al., *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, pp. 211 y ss.

adaptación, con el objeto de restablecer el equilibrio roto cuando así lo considere pertinente.

Con todo y su aplicación excepcional, al hilo de las diversas consideraciones desde el derecho privado, se observa la necesidad de la concurrencia de determinados elementos para que pueda tener cabida la doctrina de la revisión de un contrato que por causas imprevistas sufre una excesiva onerosidad en las prestaciones de sus partes, elementos que se concretan en una alteración extraordinaria, imprevisible y que no pueda ser imputada a la parte que sufre el cambio de las circunstancias, que modifican sustancialmente las condiciones iniciales previstas por las partes, esto además de la no cesación en el cumplimiento de las prestaciones contractuales de la parte en desventaja.

Ubicados ya en el campo del derecho de la Administración, la imprevisión se estudia como una más de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos¹⁰⁴⁴, suele ser el equilibrio económico la institución jurídica a partir de la cual se realizan las reflexiones sobre la excesiva onerosidad sobrevenida en el contrato administrativo.

El referido fallo sobre la *Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*, que dio origen a la teoría de la imprevisión¹⁰⁴⁵, se enmarca en un particular contexto donde las consecuencias de la Primera Guerra Mundial terminaron por afectar la normal ejecución de un contrato que tenía por objeto la prestación del servicio eléctrico para el cual el carbón resultaba una materia prima indispensable. Dada la ocupación de distintos territorios productores del mineral, el precio del carbón sufrió una espectacular alza, lo que hizo más onerosa la ejecución contractual. Luego de la petición de modificación del precio por parte del contratista, y ante la negativa de la Administración contratante, el *Conseil d'État* decidió que si bien el concesionario debía continuar con la prestación del servicio público, debía percibir de parte de la Administración, en caso de que no lograran un acuerdo, una “indemnización, a la cual la Compañía tiene derecho en razón

¹⁰⁴⁴ Cf. RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, op. cit., pp. 101 y ss; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 448 y 449; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 788 y ss; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 646.

¹⁰⁴⁵ Existen algunos pronunciamientos judiciales anteriores que son tratados a modo de antecedentes, aunque se suele concluir que en ellos no se establecen los lineamientos generales de la teoría ni se señala que debe ser aplicable todas las veces que se reúnan las mismas condiciones. Cf. POPESCU, Corneliu-Mihail, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1937, p. 114; VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., pp. 119 y ss.

de las circunstancias extracontractuales en las cuales ella deberá asegurar el servicio público durante el período previsto.”

En el fallo se establece que si bien el contrato de concesión regula hasta su expiración las obligaciones respectivas, y que el concesionario debe en consecuencia ejecutar el servicio público bajo dichas condiciones, ante hechos que conviertan la prestación en excesivamente onerosa, un reconocimiento económico puede tener lugar con el fin de ayudar a sobrellevar las dificultades temporales y en especial por el interés general que exige la continuación de la prestación del servicio, pues precisamente la teoría de la imprevisión nació “de la preocupación de satisfacer las exigencias del *principio de continuidad de los servicios públicos*.”¹⁰⁴⁶

Circunstancias extracontractuales, situación extracontractual, carga extracontractual, período extracontractual, son las expresiones utilizadas en lo sucesivo por el *Conseil d'État* para referirse al escenario en el que nos encontramos; por ello, “siendo extracontractual, la situación sobrevenida no puede estar regida por las disposiciones del contrato; las reglas destinadas a resolverlo serán en consecuencia reglas extranjeras a las estipulaciones del contrato.”¹⁰⁴⁷ La situación entonces que afecta al contrato crea un contexto extracontractual para el cual el contrato no otorga ninguna solución.¹⁰⁴⁸

II. Sobre las condiciones de la teoría de la imprevisión

A partir del fallo fundacional se ha identificado una serie de condiciones que deben cumplirse para que tenga cabida la teoría de la imprevisión, que son presentadas de diversas maneras por la doctrina, pero que pueden ser resumidas en la necesidad de existencia de un hecho externo no imputable a las partes, anormal e imprevisto, que altere gravemente la economía del contrato, esto es, que genere un *bouleversement*.

Ocurrencia de eventos no previstos (imprevisibles en condiciones normales, pues es claro que en términos teóricos todas las vicisitudes podrían terminar siendo previstas a costa de un período de negociación en extremo complejo y costoso) durante la celebración del contrato, que deben ser exteriores a la voluntad de las partes, que agraven en una considerable medida, sin hacer en todo caso imposible, la ejecución

¹⁰⁴⁶ CHAPUS, René, *Droit Administratif général*, op. cit., p. 1212.

¹⁰⁴⁷ DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. II., op. cit., 562.

¹⁰⁴⁸ Cf. JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 9.

contractual. Las cargas del contratista deben ser en tal manera agravadas que con ello se cree una situación extracontractual para la cual el contrato no ofrece respuesta.

En la medida en que la procedencia de la teoría de la imprevisión parece enfrentarse con un principio capital de la contratación pública, el riesgo y ventura¹⁰⁴⁹, la situación que haga más onerosa la ejecución del contrato no puede ser la materialización de un riesgo asumido por la parte contratante, pues “cuando las circunstancias económicas modifican las condiciones de ejecución de un contrato de concesión, no entra en juego la teoría de la imprevisión si esas modificaciones no sobrepasan el riesgo normal que las partes deben prever.”¹⁰⁵⁰

Con la aplicación de la teoría de la imprevisión se está en últimas tratando de prevenir la ocurrencia de una fuerza mayor, por ello la imprevisión solo está concebida para sobrellevar un déficit provisional; así, cuando la situación de imprevisión se torna permanente, la forma de enfrentar el problema también se modifica. De la mano de otro reconocido fallo, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, de 9 de diciembre de 1932¹⁰⁵¹, se avanzó en el desarrollo de la teoría de la imprevisión para aclarar que si el carácter temporal de la imprevisión se vuelve definitivo, la situación nueva creada se transforma en un caso de fuerza mayor, pues no se puede mantener en esas condiciones un servicio público a expensas de los contribuyentes.

Cumplidos los requisitos el contratista puede acceder “a una ayuda de la Administración para sobrepasar la dificultad sobrevenida tomando a su cargo una parte del déficit provocado por las circunstancias.”¹⁰⁵²

La llamada ayuda al concesionario no cubre nunca la integralidad del detrimento sufrido, en el reconocimiento otorgado no se tiene en cuenta el beneficio industrial, el lucro cesante, la utilidad esperada dejada de percibir, además de dejar a cargo del contratista una parte, aunque minoritaria, del déficit, porción que en un ordenamiento como el francés suele estar entre un 5 y un 15 por ciento. Ahora bien, la forma en que se trata de enfrentar la excesiva onerosidad sobrevenida no es única, no solo se puede

¹⁰⁴⁹ Sobre la configuración histórica del principio del riesgo y ventura en el ordenamiento español, que es seguramente el ordenamiento donde más significancia ha tenido, se puede consultar la obra de ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., título I.

¹⁰⁵⁰ VEDEL, George, *Droit Administratif*, op. cit., p. 720.

¹⁰⁵¹ Consejo de Estado, 9 de diciembre de 1932, cf. LONG, Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20ª ed., Dalloz, Paris, 2015; ver también *Les décisions les plus importantes du Conseil d'État*, en: <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>.

¹⁰⁵² DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. II., op. cit., p. 560.

superar una situación temporal y extraordinaria a partir de una compensación económica determinada, la revisión de tarifas, el otorgamiento de una subvención, la reducción de las obligaciones del deudor que aligeren su carga, o cualquier otro tipo de compensación puede ser parte del acuerdo al que desde el propio fallo fundacional se invita a las partes.

En lo referido a la compensación del contratista, con JÈZE, creemos que “para determinar si la explotación es deficitaria, se debe considerar todo el contrato y no tal o cual parte. Puede suceder que una cláusula del contrato entrañe una pérdida. Esto no basta; es necesario tener en cuenta todas las cláusulas del contrato. Si, con todos estos elementos, la explotación no resulta deficitaria debido a circunstancias excepcionales, la teoría de la imprevisión no se aplica.”¹⁰⁵³ De esta posición es partidario ARIÑO, quien a su vez considera que para establecer la carga extracontractual debe tomarse en consideración todo el contrato, pero excluye de la posibilidad del cálculo la existencia de otros contratos con otras administraciones, así, incluso si estos le proporcionan beneficios, no se puede acudir a ellos para tratar de cruzar los saldos del déficit.¹⁰⁵⁴

De igual manera, a propósito de la compensación del contratista, es menester señalar que, toda vez que lo que se pretende contrarrestar es el período extracontractual, una parte de la doctrina considera que los déficits anteriores a la etapa extracontractual siguen perteneciendo exclusivamente al contratista¹⁰⁵⁵.

Finalmente, habrá que retener la importancia de la configuración actual de la figura de la teoría de la imprevisión dados sus canales de conexión y agitada cercanía con la teoría del hecho del príncipe. Debemos recordar que como resultado de la concepción misma del hecho del príncipe, si una medida adoptada por una entidad tercera distinta a la contratante es la causa de la modificación sustancial en las condiciones de ejecución del contrato, si reside allí el origen de la mayor onerosidad, la construcción actual tiene un riesgo de duplicidad en la reacción que pueden tener dos patrimonios públicos diferentes, riesgo que no puede ser ignorado pues puede generar una doble compensación, una a título de imprevisión por parte de la autoridad contratante y otra en cabeza de la autoridad que ha tomado la medida, en sede de responsabilidad patrimonial. Esto para evitar sumar a la reflexión el maremágnum de posibilidades que

¹⁰⁵³ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 57.

¹⁰⁵⁴ Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. 317.

¹⁰⁵⁵ DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. II., op. cit., p. 617.

se abren ante la potencial cabida de una “responsabilidad contractual” administrativa, pues, tal y como nos lo recuerda RICHER, la medida de una autoridad administrativa diferente a la que ha concluido el contrato puede generar, o bien su responsabilidad por falla, en caso que sea una medida irregular, o en caso contrario su responsabilidad por la ruptura de igualdad ante las cargas públicas¹⁰⁵⁶.

En estos casos es difícil dejar de ver que el contratista puede recurrir a la propia autoridad contratante para enfrentar el período de mayor onerosidad ocasionada por el hecho imprevisible, no obstante continúen abiertos los senderos de la responsabilidad extracontractual para dirigirse a la entidad tercera donde efectivamente reside el origen de su lesión, para dirigirse frente a la autoridad a la que su lesión le es atribuible. Quizás se piense que en realidad lo que le nace al contratista es un derecho a acudir ante la autoridad tercera para pretender aquello que no le fue reconocido ya en sede de restablecimiento por imprevisión, pero no podrá en todo caso negarse que los efectos prácticos de esta construcción no pueden generar más que inquietudes en punto a la coherencia del sistema, para no hablar de la innecesaria congestión judicial y administrativa que en sí misma puede ocasionar.

III. En búsqueda de un fundamento adecuado para justificar la procedencia de la teoría de la imprevisión

Fundamentar de manera certera la teoría de la imprevisión ha sido un esfuerzo enorme que ha tenido lugar desde la doctrina privada y pública, una necesidad que se vio reforzada en ausencia de disposiciones normativas que ordenaran su reconocimiento. Para el primer caso, un enorme catálogo de tesis puede ser enunciado: teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, teoría de la presuposición, teoría de la voluntad marginal, teoría del consentimiento, teoría del negocio jurídico, teoría de la imposibilidad económica, teoría del sinalagma funcional, teoría de la distribución de riesgos, teoría de la equidad, función social del contrato, son solo algunas de un listado que continúa.¹⁰⁵⁷

Las diversas construcciones teóricas en el derecho privado son objeto de constante reproche, lo que ha impedido el arribo de una posición final unificada. Podrá ser

¹⁰⁵⁶ Cf. RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 287.

¹⁰⁵⁷ Un estudio completo de las diversas teorías se puede encontrar en BENÍTEZ CAORSI, Juan José, *La revisión del contrato*, op. cit., pp. 29 y ss.

suficiente para corroborar esto que acá se afirma con observar que las teorías de corte subjetivo, que apuntalan una solución en la voluntad no expresada aunque presumible de las partes, se enfrentan a la talanquera de ir al encuentro de una común intención de los contratantes precisamente cuando aquello que no hizo fue prever; por esto, no debería tratar de buscarse la solución en una especie de voluntad implícita de las partes cuando esencialmente no ha existido representación común alguna sobre algo que terminó por superar por completo sus facultades de previsión de futuro.

De modo similar a lo acontecido en la doctrina privada, justificar el porqué de la procedencia de la reacción de la Administración frente a hechos imprevistos que afecten de manera grave la ejecución normal del contrato, ha sido una de las tareas de la disciplina contractual administrativa. A pesar de que se afirme que en Derecho Civil la teoría se aplica a casos excepcionales mientras que en derecho público se reconoce una aplicación más extensiva¹⁰⁵⁸ (o quizás precisamente a propósito de ello), sea más fácil arribar aquí a acuerdos, pues es suficiente para que ello sea posible con pensar en las necesidades de continuidad en la prestación del servicio o en observar que en realidad lo que se pretende es garantizar el interés general; en últimas “hay principios específicos (desconocidos en Derecho privado) que, por sí solos, justifican sobradamente la admisión de la teoría de la imprevisión: el principio de conveniencia de los servicios públicos y el principio de igualdad de cargas.”¹⁰⁵⁹

El que parezca más factible llegar a acuerdos sobre la fundamentación de la teoría de la imprevisión en Derecho Administrativo no significa, ni mucho menos, que ello efectivamente se produzca. Desde la doctrina administrativa también se proponen fundamentos diversos. De este modo, a la buena fe y equidad en el Derecho Administrativo, al principio de igualdad de cargas, a la continuidad y conveniencia del fin de interés general, al beneficio económico de la Administración¹⁰⁶⁰, se le suman, entre otros fundamentos, la conmutatividad propia de los contratos administrativos y la necesidad de justicia contractual.¹⁰⁶¹

Vimos asimismo antes cómo para otros autores el fundamento del derecho del cocontratante a recibir una indemnización es una aplicación pura y dura del principio

¹⁰⁵⁸ Cf. FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* (trad.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 381.

¹⁰⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., pp. 280 y 281.

¹⁰⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 294-307.

¹⁰⁶¹ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, op. cit., p. 113.

del equilibrio financiero del contrato. Sin embargo, desde ya, apoyados en DE LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLVÉ, creemos que el concepto de equilibrio económico no es útil para construir una justificación suficiente, por un lado porque esta posición no tiene en cuenta sino una parte de la relación, al cocontratante, “mientras [que olvida] que la indemnización es ante todo un medio para asegurar la continuidad del servicio público”¹⁰⁶²; por otro, pues con esta propuesta de fundamentación se olvida que si el equilibrio fuese un basamento realmente capaz, su mera ruptura debería ser suficiente para proceder a la correspondiente reacción, cuando en realidad se necesita de un parámetro adicional de carga excesiva, que supere determinados umbrales, que ponga en peligro la continuidad del servicio, para que proceda la ayuda del restablecimiento, restablecimiento que tampoco es tal, pues no se restaura la ecuación económica, sino que estamos cercanos al pluricitado concepto de ayuda al contratista. Al final, luego de que se reprende el equilibrio como el fundamento de la imprevisión, al hilo de la propuesta de los citados autores, se agrega al listado una consideración adicional sobre los fundamentos, esta vez a partir de la *equidad*, que es la que permite hacer a la Administración participe de un déficit del cual no es responsable.

Lo que queda claro de esta mirada sobre los pretendidos fundamentos de la imprevisión, es que no existe un acuerdo doctrinal (una vez más) siquiera sobre lo que por fundamento debe entenderse. En todo caso deseamos rescatar una significativa construcción propuesta por HAURIOU, con quien, al tiempo que se hacían evidentes los puntos de desencuentro, se avanzaba en un indicador certero sobre la senda a transitar, pilar que ahora pretendemos retomar pues nos permite un avance en nuestro esfuerzo de delimitación del sistema de responsabilidad administrativa. En un breve e ilustrado artículo empieza por indicar que “acaso no se ha seguido el mejor camino cuando se ha intentado establecer la teoría del riesgo imprevisible basándola en ciertos principios generales, de aplicación a todos los contratos, como son el error sustancial, la falta de causa, el enriquecimiento injusto, la lesión, la cláusula *rebus sic stantibus* o el abuso del derecho. [...] ninguna de estas investigaciones ha conducido a resultados que se impongan a nuestro convencimiento.”¹⁰⁶³

¹⁰⁶² DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. II., op. cit., p. 609.

¹⁰⁶³ HAURIOU, Maurice, “L’imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales”, en: *Cahiers de nouvelle journée*, núm. 23, París, 1933. Versión en español: “La teoría del ‘riesgo imprevisible’ y los contratos influidos por instituciones sociales”, en: *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1926, p. 1.

Luego de manifestar los errores, el decano de la Escuela de Toulouse puso de manifiesto que como resultado de la teoría del riesgo imprevisible tiene lugar “**la aplicación de un principio de justicia distributiva a un contrato conmutativo**”. Por ello, mientras que frente al riesgo previsible cada parte debe soportar las consecuencias de su ocurrencia, el riesgo imprevisible “se declara común a las partes y se distribuye, por así decirlo, entre ellas.”¹⁰⁶⁴

En el capítulo III de la primera parte, en el que se reflexionó en particular sobre los fundamentos filosóficos de la institución de la responsabilidad civil, señalamos entonces que las consideraciones en torno a la justicia correctiva y la justicia distributiva que se han construido de manera extensa para sustentar la responsabilidad entre sujetos de derecho privado, seguían siendo útiles para explicar situaciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración y los límites mismos de la institución. He aquí una manifestación de la importancia de los estudios filosóficos y de la delimitación de la institución jurídica de la responsabilidad Administrativa a partir del reconocimiento de instituciones vecinas. Veremos luego cómo cuando la Administración reacciona frente a situaciones imprevisibles que hacen más onerosa la ejecución contractual, estamos por fuera de la aplicación de los linderos de la responsabilidad patrimonial administrativa; por ahora, de la mano de la cardinal propuesta de HAURIOU, en punto a la justificación del porqué de la reacción de la Administración, sumado al servicio público, vemos una nota esencial a partir de la noción de justicia distributiva, principio de justicia compartido por una doctrina que se inspira igualmente en él para enarbolar posiciones más recientes¹⁰⁶⁵. Al final, dado que el riesgo imprevisible que finalmente acaece termina en alguna medida siendo distribuido entre las partes, se trata, en cierto grado, de socializar las pérdidas.

A propósito de esta reflexión sobre los fundamentos erigidos para la teoría de la imprevisión en el Derecho Administrativo, se ha hecho presente un debate sobre la procedencia de dicha teoría en contratos públicos de naturaleza diferencial, esto es, en contratos de derecho privado de la Administración, contratos estatales especiales, en fin, contratos estatales cuya principal regulación viene dada por las disposiciones de derecho privado, discusión que pasamos de inmediato a abordar antes de ocuparnos de

¹⁰⁶⁴ Ibid., p. 2.

¹⁰⁶⁵ Cf. SABIANI, François, prefacio a OUM OUM, Joseph Frank, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 270, París, 2014, p. X.

la sustracción del árbol de la teoría de la imprevisión del bosque de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

IV. La teoría de la imprevisión y los contratos estatales de derecho privado

En la doctrina francesa el equilibrio económico tuvo desde sus orígenes un tratamiento dispar que se hacía depender de si este debía aplicarse a contratos administrativos (contratos estatales propiamente dichos) o contratos de derecho privado de la Administración (contratos estatales especiales).

Una parte de la doctrina francesa sostiene que las consideraciones sobre el equilibrio tienen real aplicación en el derecho público, no así en el derecho privado, “se inspiran en la preocupación de asegurar las prestaciones indispensables para la vida social. No existe una preocupación de esta índole en las relaciones entre particulares del derecho privado [...] poco importa que esta carga extraordinaria, imprevista, ocasione su ruina (la del cocontratante privado); el incumplimiento de su obligación entrañaría la ruina de su cocontratante. No hay razón entonces para preferir un contratante al otro.”¹⁰⁶⁶

A conclusión similar llega BÉNOIT cuando compara la situación entre el derecho público y el privado:

“En los contratos entre personas privadas [...] los intereses de la parte ganadora son igual de dignos de protección que los intereses de la parte perdedora. Al concluir el contrato, cada una de las partes ha tomado sus riesgos: ¿por qué los intereses de aquel que gana -y que puede lógicamente ser la parte más inteligente, esa que logró tener en cuenta las circunstancias por venir- serán sacrificados por los intereses de la parte menos previsiva?”¹⁰⁶⁷

Fueron estas las razones que soportaron el rechazo histórico del equilibrio económico en los contratos estatales de derecho privado. Hoy en día, las nuevas circunstancias, la justicia contractual, invitan a una conclusión diferente: “en una época en que las condiciones económicas cambian, la inmutabilidad del contrato parece un anacronismo”, ante la imposibilidad de los contratistas privados de “domesticar el futuro”, de imputarles “facultades telescópicas” el “Derecho no puede dar valor a semejante duelo a muerte”¹⁰⁶⁸.

En el terreno general de los contratos del Estado, frente al análisis del equilibrio y sus causales de ruptura, DE LAUBADÈRE sostenía que “la teoría de la imprevisión no se

¹⁰⁶⁶ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 10.

¹⁰⁶⁷ BÉNOIT, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, op. cit., p. 634.

¹⁰⁶⁸ Cf. BENÍTEZ CAORSI, Juan José, *La revisión del contrato*, op. cit., pp. 5 y 9.

aplica sino a los contratos administrativos, no a los contratos de derecho privado de la Administración”¹⁰⁶⁹, para lo que trae a colación las conclusiones del fallo del *Conseil d’État* del 8 de febrero de 1918, *Soc. éclairage de Poissy*.

En el mismo sentido se pronunció JÈZE para quien:

“cualquiera sea la solución que convenga adoptar en derecho privado, debe señalarse la diferencia que separa el derecho público y el privado. El problema a resolver no es el mismo. En derecho público, la idea preponderante es la necesidad de asegurar la continuidad del servicio público. Eso no lo han comprendido algunos juristas de derecho privado. Ellos creyeron que podrían trasladar al derecho privado la solución del derecho público; han aplicado, así, una solución excelente del derecho público, pero creada para un problema totalmente distinto [...] la teoría de la imprevisión no se aplica a los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, aun cuando ello se haga para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos.”¹⁰⁷⁰

Parte de la doctrina colombiana se inclina por una conclusión similar cuando señala que: “el principio del equilibrio económico [...] no es aplicable a la totalidad de los contratos que celebra el Estado, sino únicamente a aquellos sometidos al régimen especial de derecho público, es decir, a los ‘contratos administrativos’ o contratos estatales propiamente dichos’.”¹⁰⁷¹

“Si la Administración ha concluido un contrato de derecho privado, aunque fuese para asegurar el funcionamiento de un servicio público, la teoría excepcional de la imprevisión no es aplicable.” La anterior es una de las pocas aseveraciones manifestadas por JÈZE con las cuales es difícil estar de acuerdo. Por supuesto que para juzgar esta afirmación debe tenerse presente el contexto histórico en el que fue formulada, esto es, una doctrina contractual pública naciente que buscaba a toda costa claves sobre su sustantividad, al tiempo que se cerraba, desde el derecho privado, cualquier posibilidad de aplicación de la revisión contractual por hechos imprevistos en el derecho francés. No obstante, una vez puesto en consideración el momento histórico, decimos que es una tesis de difícil aceptación precisamente ahora cuando se abren las puertas para que en pro de la justicia contractual se permita la revisión de la convención por circunstancias sobrevenidas que hagan excesivamente onerosa la ejecución del contrato privado.

¹⁰⁶⁹ DE LAUBADÈRE, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, op. cit., p. 440.

¹⁰⁷⁰ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., pp. 14 y 15.

¹⁰⁷¹ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, op. cit., p. 3.

De esta manera, luego de descartar cualquier posibilidad de ruptura del equilibrio por el incumplimiento de las partes¹⁰⁷², y una vez aclarado que las facultades excepcionales constituyen un poder exclusivo en cabeza de la entidad contratante presente únicamente en los contratos administrativos, esto es, en los contratos sometidos al derecho público, subsiste todavía una causal específica que puede generar la ruptura del equilibrio en los contratos estatales especiales (de derecho privado de la Administración), a saber, la aplicación de la teoría de la imprevisión¹⁰⁷³. Es esta la razón por la que decidimos nominar el presente título de este trabajo como el rótulo del equilibrio económico en los contratos estatales y no restringirlo a los contratos administrativos, pues la reflexión que acá se presenta es extensible a las relaciones contractuales del Estado regidas por disposiciones comunes.

El principio del equilibrio económico (incluso si se pretende insistir en recurrir a esta desdichada noción jurídica) también debería tener plena cabida en los contratos estatales sometidos al derecho común vía la aplicación de la teoría de la imprevisión bajo la observancia de las lógicas del derecho privado¹⁰⁷⁴. De lo contrario habría un tratamiento que violaría el principio de igualdad, pues, aunque sea en casos muy específicos, la pluralidad de privados que celebre contratos podría eventualmente acceder a una pretensión de restablecimiento en la jurisdicción ordinaria por la excesiva onerosidad, pero no así los privados que celebren contratos con una Administración sujeta a normas de derecho común, pues sus demandas encontrarán cerradas las puertas a cualquier pretensión de restablecimiento.

Así, si basados en la observancia de distintos modelos de tratamiento del desequilibrio sobrevenido, la propia doctrina privada aboga por la posibilidad de revisar el contrato legalmente celebrado cuando circunstancias sobrevinientes conviertan en excesivamente onerosa su ejecución (circunstancias que, de la misma manera, han sido objeto de

¹⁰⁷² Cf. *Supra*, segunda parte, t. I, cap. II.

¹⁰⁷³ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15.476.

¹⁰⁷⁴ Esto a pesar de que sobre estas lógicas aún no exista un entendimiento pacífico y que continúan en construcción, como lo evidencia Aristide Chiotellis, jurista que listó 56 teorías cuyos postulados fueron utilizados para fundamentar la aplicación de la imprevisión. CHIOTELLIS, Aristide, *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, München, C.H. Beck, 1981, pág. 29, citado por BENÍTEZ CAORSI, Juan José, *La revisión del contrato*, op. cit., p. 383.

pronunciamientos jurisprudenciales recientes¹⁰⁷⁵ y pretéritos¹⁰⁷⁶), es difícil no ver el anacronismo en la posición de la doctrina administrativa ancestral gala¹⁰⁷⁷.

V. La teoría de la imprevisión y su doble exclusión de la institución de la responsabilidad administrativa

Cuando JÈZE fue en búsqueda del fundamento de la reacción de la Administración frente a la ocurrencia de hechos imprevisibles, recordaba en ese entonces que no se podía pretender acudir ni al enriquecimiento sin causa, ni a la ley como la explicación pues no existía texto alguno en el cual apoyarse. Si se observa en detalle, lo que el autor trata de identificar es precisamente la fuente de una obligación, una búsqueda típica para identificar si es la ley, el concurso de las voluntades, los cuasicontratos, u otra fuente, donde se activan los actos u omisiones ilícitos.

Al encontrarnos en el marco de un contrato, la fuente podría ser el acuerdo mismo de las voluntades, sin embargo, pronto se observa que precisamente la situación ha quedado por fuera de la voluntad de las partes, dada la señalada naturaleza extracontractual de la imprevisión. En ausencia del contrato, la ley podría ser un claro fundamento si en ese entonces, como ahora, hubiesen existido puntuales disposiciones normativas que reconociesen la procedencia de la teoría de la imprevisión. Quizás podría pensarse, de modo residual, que la fuente de la obligación, la razón de ser de la reacción de la Administración, está dada por la ocurrencia del daño, empero habrá que señalar que, en puridad, la imprevisión se aleja en un doble sentido de la institución de la responsabilidad administrativa: por un lado, no es un hecho de la Administración el que la produce, lo que excluye la posibilidad de que pueda serle imputado; por el otro, hemos visto que la teoría no pretende reparar el daño sino que hace participar al

¹⁰⁷⁵ CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de febrero de 2012, ref. 11001-3103-040-2006-00537-01; CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”, en: *InDret*, núm. 4, 2014, pp. 1-26.

¹⁰⁷⁶ CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de octubre de 1936; CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo de 1938.

¹⁰⁷⁷ El debate tampoco es ajeno al ordenamiento español, pues allí recientemente el TS, Sala de lo Civil, ha tenido la oportunidad de someter a juicio la doctrina del *rebus sic stantibus* en contratos de derecho privado celebrados por entes públicos que se vieron afectados por la crisis económica (STS de 30 de junio de 2014) Cf. RAVENTÓS SOLER, Alberto et al., “Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014”, en: *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3 de 2015, pp. 115-134; VÁZQUEZ LACUNZA, Estela, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, op. cit., pp. 270 y ss.

contratante de las cargas extracontractuales. Así lo ha reconocido la doctrina administrativa para quien la indemnización concedida por la imprevisión no tiene el carácter de reconocimiento de daños y perjuicios, no reside sobre la idea de responsabilidad, pues a diferencia de los daños y perjuicios la imprevisión no repara la integralidad del perjuicio¹⁰⁷⁸. Si a esta reflexión se añade el hecho de que el montante de la compensación se distribuye entre la Administración y el contratista, donde, en palabras de JÈZE, existe un “coeficiente de reparto” (con todo y que la Administración asume la mayor parte), se encuentran argumentos más que suficientes para desligar de la responsabilidad administrativa la teoría de la imprevisión.

Si bien la fuente de la obligación que hace nacer la teoría de la imprevisión no reside en la lesión administrativa, hoy, luego de los puntuales avances legislativos y respectivas consagraciones normativas, puede observarse en la ley una manifiesta fuente de la obligación. Sin embargo, para efectos de avanzar en el entendimiento cabal de la reacción que se produce por parte de la Administración contratante en sede de imprevisión, debemos recordar ahora anotada noción de justicia distributiva, noción que nos ubicado “en dehors”, a extramuros de la responsabilidad administrativa. De la mano de nuestra propia identificación de *lesión atribuible* como elemento del sistema, puede ahora con facilidad ser observado que acá ha desaparecido el dato común, pues el menoscabo que sufre el contratista no puede serle atribuido a actuación alguna que despliegue la Administración que contrata, lo que imposibilita que pueda acudir a la responsabilidad patrimonial administrativa.

Que la responsabilidad no se produzca cuando la Administración no esté en el origen del daño, cuando ella no sea su causa, quedó establecido en el estudio de los fundamentos de la institución. Estas consideraciones ahora son perfectamente comprobables y nos son útiles para avanzar en la delimitación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, esta vez en la delimitación negativa del instituto en la actividad contractual.

Por demás, si traemos a la memoria las reflexiones presentadas en el capítulo final de la primera parte, comprendemos que, aunque la institución de la responsabilidad ha vivido un marcado ensanchamiento, ella ha perdido el monopolio de la indemnización, o mejor, ha perdido el monopolio de las diversas reacciones y reconocimientos

¹⁰⁷⁸ RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 270.

económicos que la Administración puede efectuar. En todo caso, no obstante que el reconocimiento patrimonial que acá se produce no se haga bajo el cobijo de la institución de la responsabilidad administrativa, no significa que carezca de fundamento, lo que implica es que debe acudirse en búsqueda de otras instituciones, de otras nociones que le den un mejor sentido a lo que acá ocurre, puntualmente, otra fuente de las obligaciones, como es el caso de la ley, que se constituye, al tiempo, como una clara y manifiesta fuente para un ordenamiento que como el colombiano así lo consagra, y un reto a afrontar para un ordenamiento como el español, donde parte de su doctrina hace notar que la teoría no ha sido recogida expresamente por la legislación general¹⁰⁷⁹. Por demás, dado el carácter legislado que en algunos ordenamientos tiene la imprevisión, vemos aquí un nuevo régimen legislativo que puede ahora añadirse a los antes referidos, de aquellos que operan y se activan allí donde no puede hacerlo la responsabilidad administrativa.

Una Administración que sale en ayuda de su contratista, que, al tiempo que protege el interés general, compensa su situación de excesiva onerosidad sobrevenida, y que al hacerlo no repara integralmente un daño, pero sí que reacciona ante una injusticia, aunque no pueda ver explicada su reacción patrimonial en la institución de la responsabilidad administrativa, quizás pueda hacerlo en instituciones vecinas con quien comparte fuertes vasos comunicantes; no en vano las nociones de justicia correctiva y justicia distributiva acompañaron el decurso sobre los fundamentos.

Que la imprevisión nos impida ubicarnos bajo el cobijo de la responsabilidad administrativa requiere una nota aclaratoria adicional que se hace necesaria por el consabido ruido proveniente del equilibrio económico. Con todo y que deberíamos estar fuera del derecho de daños, debemos reconocer que, cuando una medida perjudicial es tomada por una autoridad extranjera al contrato, el hecho de que la construcción actual nos estacione en la imprevisión, impide que la lesión le sea finalmente atribuida a quien realmente ha ocasionado la lesión, pues dado el errado entendimiento actual vemos aquí una lesión atribuible al accionar de una Administración aunque no veamos desplegada la responsabilidad al arrojar estas hipótesis en conjunto a la teoría de la imprevisión. Por ello, aunque una actuación de una autoridad extraña al contrato podría en principio

¹⁰⁷⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, op. cit., p. 646.

generar la responsabilidad de esta, por serle atribuible la lesión, el que se trate a partir de la noción de imprevisión, impide obtener la reparación integral del daño.

Una consideración adicional que toca la causal de ruptura que ahora nos ocupa permite en definitiva observar el carácter artificial del concepto de equilibrio económico en el estudio del reconocimiento patrimonial que la Administración realiza por la ocurrencia de situaciones imprevisibles que hacen excesivamente onerosa la ejecución contractual. Cuando se produce una situación enmarcada en la teoría de la imprevisión, nos ubicamos en las llamadas modificaciones extrínsecas, donde, en sentido estricto, la ecuación financiera no sufre una real modificación. Con VEDEL y DELVOLVÉ concluimos que, a decir verdad, la ecuación económica se queda intacta¹⁰⁸⁰, “la ecuación financiera sigue siendo la misma, en el sentido en el que la identidad de cada una del conjunto de obligaciones por las que cada uno responde continúa virgen. Solo su traducción financiera, su contenido, financieramente cuantificable, es alterado”¹⁰⁸¹. Así, no solo el concepto de equilibrio no es útil como fundamento pues la mera ruptura no basta para que sea aplicable el restablecimiento, lo que hace que se requieran piezas adicionales; sino que, en realidad, en la teoría de la imprevisión ni siquiera el equilibrio se ha visto materialmente alterado, aquello que se altera es el contexto de ejecución del contrato, no las prestaciones mismas a ejecutar.

Estas consideraciones sobre la teoría de la imprevisión, que nos han permitido avanzar de manera decidida en este propósito de identificación de las perturbaciones del sistema, deberán realizarse manteniendo siempre presente que en el estudio de esta particular causal de ruptura, el enfrentar la fatalidad de los acontecimientos pasa por reconocer que lo que ocurre “en el fondo, es un aspecto de la lucha verdaderamente dramática que se juega entre la voluntad del hombre y el tiempo.”¹⁰⁸² Ahora bien, como corolario de las consideraciones expuestas a este punto, estamos en la capacidad de abordar una reflexión final, que propende por una relectura de la noción de equilibrio económico de los contratos, para efectos de avanzar en una construcción unificada, pacífica, de la responsabilidad administrativa. Identificado el ruido perturbador, será hora de tratar de acallarlo.

¹⁰⁸⁰ Cf. VEDEL, George y DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, 12ª ed., Press Universitaires de France, 1992.

¹⁰⁸¹ VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p.14.

¹⁰⁸² WALINE, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Administrative*, 5ª ed., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 586.

CAPÍTULO V. LA RELECTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y LA CONSEQUENTE UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA

El principio del equilibrio económico del contrato tiene distintas explicaciones teóricas que varían constantemente de fundamento explicativo dependiendo de la causal que genere la ruptura. La lectura unificada de las diversas manifestaciones patrimoniales producidas en la actividad administrativa contractual a través de los lentes del equilibrio económico de los contratos no ha permitido realizar una verdadera caracterización del fenómeno, por ello es hora de abandonarla. El punto focal no es el equilibrio, la clave, el eje articulador del sistema no debe ser la ecuación financiera, ese ha sido el error histórico cometido y la razón de ser del ruido, de los constantes desencuentros doctrinales.

Al principio del equilibrio se le ha imputado tal significancia que ha sido visto como el fundamento mismo del deber de reparar¹⁰⁸³, alrededor de este principio se ha pretendido edificar toda una teoría de la indemnización administrativa. No obstante, el equilibrio no se explica por sí mismo, existe en la medida de las necesidades del servicio público, así, mientras que el servicio público es la razón, base primera y primaria, el equilibrio es en realidad la dimensión para entender los límites de la actuación de la Administración.

I. El concepto del equilibrio y el régimen de exorbitancia en el Derecho Administrativo

Dentro de la elaboración de las concepciones sobre el Derecho Administrativo, entender el porqué de la necesidad de un régimen de exorbitancia respecto del derecho privado es uno de los principales retos¹⁰⁸⁴. “[...] el Derecho Administrativo se caracteriza por la tensión interna entre dos polos: el autoritarismo [habilitación de poderes y formas de actuación exorbitantes del Derecho común] y el de garantía y defensa de la libertad y de los derechos de los ciudadanos [la limitación de dichos poderes, su sujeción a la legalidad y la plena justiciabilidad de la actividad administrativa]”¹⁰⁸⁵. Que exista un

¹⁰⁸³ DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 555.

¹⁰⁸⁴ Cf. MONTAÑA PLATA, Alberto, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

¹⁰⁸⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 137.

régimen de exorbitancia implica de inmediato convenir que las potestades públicas deben respetar los derechos y las libertades de los particulares. En la confluencia de esos dos valores, los poderes del Estado y las garantías de los ciudadanos, está la constante búsqueda del equilibrio.

De común utilización dentro de la doctrina del régimen de la exorbitancia administrativa, el concepto de equilibrio está en el centro de la discusión de las prerrogativas, es su contraparte, la medida de su aplicación justa, el límite al derecho que rompe las relaciones típicas de igualdad¹⁰⁸⁶. Esto es, el concepto del equilibrio no es exclusivo del contrato administrativo, es incluso anterior, es propio de toda la disciplina jurídico-administrativa, que encuentra en la potestad pública parte de su justificación doctrinal. No existen derechos de contenido absoluto, pues están restringidos en pro de un valor superior, el interés general. El contenido de ese equilibrio, la tensión entre esos dos valores “constituye el acta de nacimiento y la sustancia propia del derecho administrativo”¹⁰⁸⁷.

Sin entrar en las significativas discusiones sobre la justificación de la existencia de normas diferenciales que regulen las relaciones de la Administración Pública, una vez concebido el andamiaje administrativo, parte de su configuración obedece a establecer los límites de la actuación del Estado, límites que estarán definidos, entre otras razones, por los derechos de quienes puedan verse afectados por las actuaciones de la Administración. Es en eso en lo que consiste el equilibrio al que nos referimos, equilibrio que explica los límites, pero no la propia razón de ser de las actuaciones que regula el Derecho Administrativo.

Esta discusión tiene una concreción fundamental en el derecho de la contratación estatal¹⁰⁸⁸. Allí, por razones ya vistas, se justifica la existencia de potestades excepcionales de la Administración con relación al contrato, potestades que se explican

¹⁰⁸⁶ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol, “El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre de 2003, pp. 69 y ss.

¹⁰⁸⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, op. cit., p. 131.

¹⁰⁸⁸ “La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho Administrativo, y en especial las tres cuestiones esenciales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho Privado. Por esto, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho Administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, op. cit., pp. 110 y 111.

a partir de la necesidad de garantía del servicio público, es esa su razón de ser, es esa la verdadera justificación del porqué de la actuación ante eventos sobrevenidos que afecten la ejecución contractual. Pero, si se mira en detalle, el equilibrio no es más que la medida del derecho a respetar, como ocurre con toda la disciplina jurídico-administrativa. Los derechos y libertades de los ciudadanos, a los que hacíamos referencia, son el límite para la actuación de la Administración. Pues bien, resulta que esos derechos, cuando se trata de una relación contractual, están vertidos, plasmados, en el contenido obligacional, de allí que sea necesario acudir a él para determinar la medida del restablecimiento.

Sin embargo, las razones que llevan al Estado a actuar frente a un contrato cuya ejecución normal ha traumatado, o incluso, que justifican su reacción aunque la afectación no sea producto de su proceder, no son unívocas, como se ha pretendido desde la doctrina explicar al condensarlas en una figura, la del equilibrio, son en realidad variadas actuaciones con orígenes diversos. No son las mismas lógicas las que se despliegan cuando el Estado reacciona frente al llamado *ius variandi*, cuando lo hace frente al hecho del príncipe o a la teoría de la imprevisión, sin bien declaramos al servicio público como el real fundamento (*Rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato*). En realidad, lo hemos dicho de manera suficiente, la figura del restablecimiento del equilibrio financiero de los contratos estatales tiene disímiles ilustraciones técnicas que cambian de razón de ser, obedeciendo, tanto a la causal de ruptura, como al extremo contractual al que se le aplique. El tratarlas bajo una misma concepción, la del equilibrio económico, es lo que nos ha llevado a enormes problemas doctrinales sobre las lógicas jurídicas que circundan las posibles afectaciones en la ejecución contractual, de allí que lo que nos corresponde entonces es continuar nuestro tránsito para tratar de corregir un rumbo, lo que haremos comenzando por evidenciar la manera de silenciar un rumor, de mostrar una forma de corregir uno de los errados senderos.

II. El restablecimiento a favor de ambas partes: un camino a corregir

En el campo del Derecho Administrativo “[...] el equivalente económico juega el papel esencial de mecanismo corrector –el contrapeso necesario– de una patente situación de

desigualdad posicional y funcional de las partes en el seno de la relación”¹⁰⁸⁹. El equilibrio económico del contrato estatal observa entonces la posición desigual de las partes, es una medida que nació, desde su primera expresión jurídica (la referida sentencia de 1910), como un contrapeso al poder de modificación unilateral del Estado, un principio contractual que es el resultado, la contracara, de las potestades de la Administración.

En el derecho colombiano (al igual que ocurre en derecho español), basados en consagraciones normativas que se retrotraen al anterior Estatuto Contractual de 1983 y las disposiciones de la Ley 80 de 1993, se ha configurado un equilibrio económico de los contratos estatales que opera en favor de ambos extremos de la relación contractual¹⁰⁹⁰.

Hemos dicho que para el cabal entendimiento del equilibrio económico del contrato estatal debemos individualizar cada una de las causales de ruptura que hasta ahora se han tratado de estudiar bajo un concepto unificado; observemos entonces qué ocurre con la imprevisión, causal que sería la única que verdaderamente podría llegar a desatar un eventual restablecimiento a favor del Estado¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. XI.

¹⁰⁹⁰ “[...] pues bien, en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor del contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas excepcionales o exorbitantes que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que de ninguna manera podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista. Posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución a la entidad estatal contratante y no sólo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983 [...]” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571.

¹⁰⁹¹ Esto, pues, ya hemos aclarado que el ejercicio de potestades exorbitantes es una facultad reservada a la Administración que opera en una sola vía, desde una Administración que modifica, en pro del interés general, el clausulado negocial, a un contratista privado que como consecuencia tendrá el derecho a que se le reconozcan las mayores cargas contractuales. El hecho del príncipe también, sobra decirlo, es una facultad que está de manera exclusiva en cabeza de la Administración y que no puede predicarse del privado. “Y es que si la razón de ser de la concesión de ese poder excepcional es propender por la efectiva prestación del servicio público mediante la ejecución del objeto contractual y si ese poder rompe con la posición simétrica que en principio debe existir entre las partes del contrato, resulta obvio que ese poder solamente lo tiene la entidad estatal y nunca el contratista. En efecto, si también lo tuviera el contratista, es evidente que este al hacer uso de ese poder lo haría para privilegiar y satisfacer su interés individual en detrimento de la satisfacción del interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante la ejecución del objeto contractual. De esta manera, si lo tuvieran ambas partes, es decir la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales [...] Así que entonces, la potestad [en este caso se refiere a la terminación unilateral del contrato estatal] sólo la tiene

La imprevisión en materia administrativa, en su real entendimiento, solo podrá ser aplicada para el deudor de la obligación principal, de esta forma nació y de esta forma se ha mantenido. Es a quien se le ha hecho más onerosa la ejecución del contrato a quien debe dársele la mano para sobrellevar la “excesiva onerosidad” y no al contratante. Esta afirmación se corrobora al observar los requisitos propios de la figura:

- La onerosidad debe ser excesiva y no una mera consideración sobre la no consecución de utilidades
- Ajena a la voluntad de las partes
- Temporal
- La obligación que se ha hecho más onerosa debe estar pendiente de ejecución en el momento de la respectiva solicitud
- No puede alegarse cuando se ha producido una asunción del riesgo en el andamiaje obligacional
- De conformidad con la Ley 80 de 1993, entra en consideración “con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”

Por demás, ha sido la necesidad de garantizar el interés general, la continua y eficiente prestación del servicio público a cargo del Estado, lo que ha hecho que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la imprevisión haya tenido un amplio despliegue en materia contractual administrativa. Evitar una afectación patrimonial tal del contratista privado que pueda perturbar el servicio público es la verdadera razón de ser de la imprevisión administrativa, que opera, en pureza, en una sola vía.

Aunque se llegue a justificar un restablecimiento a favor del Estado producto de la teoría de la imprevisión, lo cierto es que esta concepción es artificial, no es plausible, pues dicha teoría está diseñada para ayudar al ejecutor del contrato en momentos de graves dificultades en la ejecución contractual (*bouleversement*), para salvar al contratista, para rescatarlo y mantenerlo de una posible ruina que pueda poner en peligro la prestación eficiente del servicio público. No aplica un restablecimiento a favor de la Administración contratante sencillamente porque no se cumplen con los requisitos de la teoría.¹⁰⁹²

Mucho le ha tomado a la doctrina jurídico-administrativa el explicar la imprevisión, el justificar su cabida, restringiéndola a situaciones extraordinarias, imprevisibles, ajenas a las partes, que afecten de manera grave a la ejecución del contrato, que lo trastornen, no

la administración y nunca el contratista[...]” (Cursiva fuera de texto) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de septiembre de 2013, exp. 25.681.

¹⁰⁹² Sobre los requisitos de procedencia se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 26 de febrero de 2004, exp. 14.043.

hasta el punto de hacer imposible su ejecución, sino en exceso onerosa, tanto como para reconocerle al contratista afectado no la ganancia dejada de percibir, la falta de ganancia, el lucro cesante, pero sí una ayuda, una participación de la sociedad en la carga excesiva¹⁰⁹³; para que luego de desarrollada toda una sólida construcción teórica se concluya, sin más, que es un principio aplicable a ambos extremos de la relación contractual, olvidando de inmediato las condiciones y requisitos de existencia de la teoría.

No, no es esa la lógica detrás de la imprevisión, no es lo que se pretendió explicar, incluso con el Decreto 222 de 1983 que señaló, en su artículo 20¹⁰⁹⁴, que cuando se modifique unilateralmente el contrato se debe guardar el equilibrio para ambas partes (norma positiva que le sirve a la doctrina colombiana para concluir una tesis equivocada, tal como lo ha hecho frente al incumplimiento contractual). Este entendimiento del equilibrio es un error común en el que cae gran parte de los autores que se han aproximado al concepto. En realidad, lo que se pensaba explicar a partir del artículo 20 es el elemento obligacional que se toma como referencia para respetar las condiciones inicialmente pactadas, debe tenerse en cuenta cómo el reequilibrio consecuencial a la modificación unilateral debe observar el equilibrio originario, un equilibrio que por supuesto implica reparar en el contenido obligacional en el seno del convenio, pero, en especial, implica observar la equivalencia entre los derechos y obligaciones del contratista que ahora tendrá que realizar una mayor (o menor ejecución) contractual.

Para ambas partes lo que quiere significar (y no se olvide que el origen está en un artículo que reguló la **modificación unilateral** en cabeza de la Administración), es que la variación de las obligaciones no puede terminar beneficiando a la Administración; pero mal se hace al entender que el equilibrio en realidad opera para ambos como un derecho de la Administración a ser exigido en sede judicial; lo que ocurre, hemos dicho,

¹⁰⁹³ Cf. AMENÓS ÁLAMO, Joan y NIETO MORENO, Juan Emilio, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, octubre-diciembre de 2012, pp. 119-140. Para quienes los exigentes requisitos de configuración de la imprevisión hacen que haya tenido una “aplicación muy cauta”.

¹⁰⁹⁴ Artículo 20. Modificación unilateral. Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

- a) No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.
- b) Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.
- c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.
- d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.**
- e) Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.

es que ese equilibrio, el de la Administración y el contratista privado, es precisamente la medida del restablecimiento.

No es, por demás, fortuito que no se haya producido un restablecimiento a favor del Estado y que ello nunca ocurrirá porque es un imposible conceptual (por lo menos cuando se es estricto con el entendimiento conceptual del equilibrio en los contratos estatales). A esta afirmación podría pretender anteponerse la ya conocida sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre el contrato de transporte público de la empresa Transmilenio S.A.¹⁰⁹⁵, donde, a pesar de que se dio por parte del juez administrativo una orden de restablecimiento, lo que en realidad ocurre es un problema de lesión inicial en el pacto del contrato, pues allí mismo se determinó que la proporción porcentual que le corresponde a la empresa pública no es suficiente para cubrir las expensas a su cargo, es un pequeño porcentaje cuando se lo compara con las obligaciones a cargo de la entidad pública referida. Ordenó así el Tribunal a Transmilenio S.A. modificar de manera concertada o unilateral los contratos de concesión para la operación del sistema por considerar que los contratos actuales le imponen a esta entidad distrital cargas que no le correspondían. Es un problema de desbarajuste inicial del contenido obligacional, de allí que hablemos de lesión¹⁰⁹⁶, no un problema de desequilibrio sobrevenido.¹⁰⁹⁷

Otra de las características que identifican a la imprevisión es que esta debe ser ajena a la voluntad de las partes, lo que difícilmente ocurre cuando lo que existe es un mayor beneficio para el contratista del previsto inicialmente en el contrato, beneficio que podría llegar a percibir la Administración (como suponemos sería la manera de aplicar un restablecimiento a favor del Estado) si las condiciones contractuales fuesen otras. ¿Cómo explicar esta conducta por fuera de la diligencia desplegada por el ejecutor del

¹⁰⁹⁵ Cf. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia de 11 de noviembre de 2011, exp. 200302488 (AP).

¹⁰⁹⁶ Cf. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *La contratación administrativa en Colombia*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990. Quien, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, rechaza la posibilidad de que exista la lesión enorme en los contratos estatales que han sido celebrados luego de un proceso licitatorio.

¹⁰⁹⁷ Por demás estamos convencidos de que lo que ocurre en reconocimientos como el efectuado en el laudo arbitral de 13 de enero de 2016, a pesar de que en la parte resolutive se le tilde de restablecimiento a favor de la Administración, si se le lee en detalle en el proceso, no es más que el resultado de una orden de restitución. No operó, en puridad, un restablecimiento del contrato a favor de la Administración, pues las cargas contractuales de ninguna de las partes se vieron modificadas en punto al concreto reconocimiento que se le ordena pagar al contratista, lo que aquí ocurrió no es nada diferente a una restitución de dineros públicos. Cf. Tribunal de Arbitramento, Concesión autopista Bogotá Girardot S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura, Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, exp. 2767.

contrato?¹⁰⁹⁸ ¿Cuál sería la medida del restablecimiento en esta ocasión, si la imprevisión es una ayuda para participar de las cargas excesivas, cómo calcular el supuesto reequilibrio cuando lo que ocurre no es una pérdida sino mayores ganancias? Una vez más debe tenerse presente el tipo de contrato que se celebra, y cuando el contrato del que hablamos es un contrato de concesión, la ejecución por cuenta y riesgo del contratista dificulta aún más cualquier intento de restablecimiento a favor del Estado.

La temporalidad de la imprevisión tampoco permite explicar un restablecimiento a favor de ambas partes, pues si la temporalidad de la imprevisión, esto es, su estado transitorio, que le permite diferenciarse de la imposibilidad absoluta, es una condición de la teoría, ¿cómo aplicarla cuando lo que se pretende es un restablecimiento a favor de la Administración? ¿Qué es lo que en este caso debe ser temporal, la mayor ganancia imprevista que está teniendo el contratista?

La no interrupción en la ejecución, otra de las condiciones que le permiten a la Administración salir en ayuda del contratista (pues solo aquel que está verdaderamente comprometido con su condición de colaborador de la Administración merece el rescate, el antídoto temporal¹⁰⁹⁹), deja ver que de verdad la imprevisión está pensada para ser aplicada al ejecutor del contrato, pues precisamente reconoce que “la imprevisión es una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones y así aquel debe actuar como un colaborador de la administración pública, este requisito es de importancia trascendental pues da razón a ese apoyo económico.”¹¹⁰⁰

La idea de una obligación pendiente de ejecución para que proceda la imprevisión es otra gran talanquera conceptual para quienes sostienen un restablecimiento a favor de ambas partes. La obligación que se ha hecho más onerosa debe estar pendiente de ejecución en el momento de solicitar el respectivo restablecimiento del equilibrio, pues si ya se ha ejecutado es una señal de la inexistencia de la imposibilidad relativa (el otro

¹⁰⁹⁸ “Como requisito negativo (de la imprevisión) exige que se trate de circunstancias **independientes de la buena gestión del concesionario**, que, a pesar de todo, debe seguir prestando el servicio del modo previsto en tanto se llega a una solución.” (énfasis añadido) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 791.

¹⁰⁹⁹ “Si a pesar de los eventos económicos excepcionales, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles que trastornan la economía del contrato, el contratante no interrumpe su colaboración con el servicio público y hace todo lo posible para seguir dicha colaboración en las condiciones previstas en el contrato, tiene derecho a exigir a la Administración, que participe en las pérdidas de la explotación.” JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 16.

¹¹⁰⁰ ESCOLA, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, v. II, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1979.

nombre con el que tradicionalmente se conoce a la teoría de la imprevisión), si se ha ejecutado significa que en últimas podía ejecutarse sin la ayuda económica de la Administración, no era necesario que el Estado acudiera en rescate de un contratista cuando este ha ejecutado la obligación que se ha hecho más onerosa. De nuevo habrá que preguntarse, ¿cómo hacer operativa esta condición cuando lo que ocurre no es una mayor pérdida sino una mayor ganancia? ¿Cuál será en este caso la obligación que debe entenderse pendiente de ejecución?

Otra explicación adicional (por si las anteriores no fuesen suficientes), está relacionada con el tema de los riesgos contractuales asumidos¹¹⁰¹. La teoría de la imprevisión se activa cuando ocurre un riesgo no previsto o no asumido, o cuando las consecuencias de su acontecimiento exceden lo previsto por las partes. Los riesgos, que engrosan el contenido obligacional, son el punto de partida para explicar la imprevisión, pero si lo que ocurre fue la ventura, ¿no estaría esta acaso en cabeza del contratista, no es la ventura la otra cara de la moneda de los riesgos, no es acaso su consecuencia lógica? Así como el riesgo debe ser asumido y engrosa el contenido obligacional¹¹⁰², la ventura también le pertenece al contratista. Si, “so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes”¹¹⁰³, ¿por qué sí se podría hacer con la ventura?

Un reciente pronunciamiento del TS¹¹⁰⁴ ofrece significativas luces sobre la discusión que planteamos. La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo se pronunció de manera negativa sobre la posibilidad de pretender un restablecimiento del equilibrio económico cuando ha ocurrido un descenso en el tráfico en las autopistas de peaje concesionadas, al concluir que “la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso”. De esta manera se reafirma que, si la merma de

¹¹⁰¹ Cf. VERANO HENAO, Sandra, *La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública*, op. cit.

¹¹⁰² Cf. BENAVIDES RUSSI, José Luis, "Los riesgos contractuales", en: Santofimio, Jaime Orlando y Benavides, José Luis (comp.), *Contratación Estatal: estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 453 - 491.

¹¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14.043.

¹¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, rec. núm. 486/2011. Cf. MORENO MOLINA, José Antonio et al., "Contratación Pública", en: *Revista Española de Derecho Administrativo, crónicas de jurisprudencia*, núm. 164, mayo de 2014, pp. 120 y 121.

flujo de vehículos no puede afectar al equilibrio porque hace parte del riesgo previsible, una subida estrepitosa de los mismos hará de igual manera parte de la ventura del contratista.

La imprevisión no aplica a favor del Estado además de las razones dadas con anterioridad porque “dado el ‘fundamento’ y la ‘ratio iuris’ de la teoría de la imprevisión en derecho administrativo [...] va de suyo, entonces, que la Administración Pública no puede invocar a su favor la teoría de la imprevisión, ya que todo lo atinente a la satisfacción del interés público general está por principio, a cargo de ella”¹¹⁰⁵.

Debemos en adición preguntarnos cómo si el servicio público está en la base de su fundamento explicativo, ¿qué pasa con este concepto cuando se permite un restablecimiento a favor de ambas partes? ¿Debemos acudir acaso a lógicas propias del derecho privado para justificar su cabida, como lo hemos hecho con la aplicación de la imprevisión en los contratos estatales especiales? No lo creemos así, por un lado lo que sostenemos es que la imprevisión fue creada para ser aplicada en una sola vía, la del deudor de la obligación que se ha hecho más onerosa, por otro reconocemos que no es la misma situación pues “las soluciones en derecho administrativo no son las mismas que las soluciones en derecho civil de las obligaciones; la razón se encuentra en las exigencias del servicio público.”¹¹⁰⁶

No podrá entonces producirse un restablecimiento a favor del Estado, pues ha quedado claro que el ejercicio de potestades exorbitantes, que puedan alterar la ecuación contractual, es una facultad reservada a las entidades estatales, lo que implica que su aplicación por parte de la Administración solo puede romper el equilibrio económico en detrimento del contratista. Si el equilibrio económico nació como contrapeso de las facultades exorbitantes de la Administración, no requiere mayores esfuerzos concluir que su aplicación está pensada como una medida a favor del contratista que debe soportar una relación desigual. A lo anterior debemos sumar las consideraciones ya expuestas que nos llevan a tener que excluir además la posibilidad de acudir a la imprevisión como una eventual causal de ruptura del equilibrio a favor del Estado¹¹⁰⁷,

¹¹⁰⁵ MARIENHOFF, Miguel, op. cit., pp. 533 y 534.

¹¹⁰⁶ DE LAUBADÈRE, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 10ª ed., op. cit., p. 434.

¹¹⁰⁷ Debemos decir, no obstante, que al tiempo que cuestionamos un restablecimiento del equilibrio a favor del Estado propendemos porque el propio contrato contenga cláusulas que observen la posibilidad de una modificación en la ejecución contractual que se produzca, por ejemplo, cuando el precio de los materiales baje de manera considerable, o que, producto de un mayor recaudo en la explotación económica de un bien o servicio concesionado, se disminuya el tiempo concedido para su explotación.

pues ella en realidad está pensada para “[...] impedir que la sola fuerza de los acontecimientos arruine al contratante si lleva adelante la ejecución de la obligación en la forma convenida; impedir que sufra una lesión patrimonial superior a la que podría ser prevista, a la que normalmente podía suponerse.”¹¹⁰⁸

Habíamos advertido que el restablecimiento a favor de ambas partes no es una situación exclusiva del Derecho Administrativo colombiano. En España también se reconoce que “la vigente regulación no limita la aplicación del reequilibrio a una sola de las partes del contrato, [...] De este modo, la cláusula de garantía opera en una doble dirección”¹¹⁰⁹. Ahora bien, sin pretender ser exhaustivos sobre la materia, una primera aproximación a la jurisprudencia española nos enfrenta a otro pronunciamiento del TS, de 16 de diciembre de 2013, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, rec. núm. 2882/2013¹¹¹⁰, donde se cerraron las puertas a un reequilibrio pretendido a favor de la Administración producto de la aplicación de un tipo impositivo inferior al previsto en la oferta, al reconocer que la mayor ganancia que ahora tendrá el contratista no constituye un enriquecimiento injusto sino un mal cálculo efectuado por las partes y que ello no produce perjuicio alguno a la Administración.

Extraño resulta además para otros ordenamientos encontrar un equilibrio que, tanto legal como jurisprudencial y doctrinalmente, tenga cabida para ambos extremos de la relación contractual administrativa. Es esta “[...] una diferencia de fondo con el régimen francés que, dada su lógica de solidaridad para con el contratista, no admite la

Para el tratamiento de esta situación vemos claras luces en la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas española, que señala que: “*un incremento de la demanda de la utilización de la obra de carácter extraordinario, que fuera más allá de las previsiones del plan económico-financiero concesional, debe fundamentar los oportunos ajustes para evitar que el usuario, al que corresponde en última instancia la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o un canon desproporcionados, con quebranto manifiesto de la equidad*”, observamos que esta reflexión supera las características y los requisitos que deben estar presentes cuando el pretendido reajuste quiera explicarse a partir de un restablecimiento producto de la excesiva onerosidad sobrevenida. La solución entonces está dada por este mismo texto, al señalar que: “*el concesionario quede contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para cada concesión, de suerte que, si no se alcanzara el primero o se sobrepasara el segundo durante el periodo que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato*”. Resulta así a todas luces evidente que esto es un problema que se resuelve a partir de las respectivas cláusulas de revisión y reajuste que deben estar contenidas en el contrato y no en sede de restablecimiento del equilibrio.

¹¹⁰⁸ Cf. DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la imprevisión en relación con el derecho civil chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Chile, 1933.

¹¹⁰⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, abril-junio de 2014, p. 153.

¹¹¹⁰ Cf. MORENO MOLINA, José Antonio et al., “Contratación Pública”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo, crónicas de jurisprudencia*, núm. 164, mayo de 2014, pp. 105-134.

posibilidad de alteración del equilibrio contra la administración [en Francia] la conservación de este *equilibrio* es un derecho del contratista y nunca de la administración contratante.”¹¹¹¹ Es el momento de reflexionar que la pretendida aplicación a ambos extremos contractuales es un error del legislador al acoger la figura típica del derecho administrativo francés, error que ha sido legitimado por la doctrina y la jurisprudencia colombianas, de similar aplicación en el ordenamiento jurídico español.

Algunos autores creyeron encontrar en JÈZE un apoyo doctrinal para la procedencia de un supuesto restablecimiento a favor de ambas partes, pues él sostenía que:

“Mientras está en vigencia el contrato, se producen a veces daños imprevisibles en detrimento del contratante, pero también puede suceder que surjan beneficios imprevisibles. Si el daño anormal da lugar al pago de una indemnización ¿por qué el beneficio anormal no entrañaría la obligación de indemnizar a la Administración? [...] No debe existir un daño definitivo hasta el final del contrato de larga duración.”¹¹¹²

Lo que en realidad sostiene el autor es que se debe tener en cuenta todo el contrato para conocer el “daño definitivo”, se debe esperar a su final ejecución para calcular el desequilibrio del contratista, pues aunque existan situaciones extracontractuales que hagan más onerosa la ejecución, quizás hechos posteriores aminoren dicha carga. No está proponiendo un restablecimiento a favor de la Administración, se está posicionando sobre las condiciones de aplicación de la teoría.

Seguramente se ha considerado que al consagrar un posible restablecimiento a favor de la Administración se estaba con ello garantizando el interés público, probablemente quienes abogan por esta posición lo han hecho convencidos de que la Administración debería ser beneficiaria de un “excesivo enriquecimiento” que obtenga un contratista, y ello, a todas luces loable, lo que ha impedido es que en realidad la Administración pueda verdaderamente participar del éxito de la explotación de un concesión, pues al pretender acudir a la imprevisión, donde por definición nunca se cumplirán los presupuestos, deja de realizarse aquello que de verdad permitiría materializar este deseo de justicia contractual, lo cual no es nada diferente al pacto de concretas cláusulas contractuales que establezcan baremos a partir de los cuales un ingreso que desborde las previsiones iniciales, y que superen por mucho la utilidad esperada, le permitan al

¹¹¹¹ BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, op. cit., pp. 144 y 158.

¹¹¹² Cf. JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 65.

concedente gozar de las mayores ganancias sobrevenidas, de esta manera evitamos realmente que la intención inicial de justicia en el contrato queda diluida.

Creemos entonces que, a pesar de ser una posición comúnmente aceptada, tanto que podría catalogarse de posición mayoritaria si en realidad se encontraran trabajos que se ocuparan a fondo del problema y no simplemente lo concluyeran producto de una mera reiteración, no es posible que se produzca un restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor de ambas partes, por lo menos no si de verdad se comprende el verdadero significado del principio del equilibrio, otro camino que debemos empezar a recorrer de vuelta.

III. El abandono del centro de atención: el giro copernicano

El restablecimiento a favor de ambas partes es más una cuestión técnica de aplicación de la figura, que se contradice con su propia configuración, que desdice de la propia estructura que le fue otorgada al principio del equilibrio económico, una situación que es una mera muestra de las muchas que acá se han presentado como prueba de la aleatoriedad del principio. Llegó el momento de posicionarnos sobre una cuestión más de fondo, pues si la figura del restablecimiento del equilibrio en Derecho Administrativo tiene tal disparidad de explicaciones teóricas que transforman su fundamento explicativo dependiendo de la causal que genere la ruptura, e incluso, de la parte contractual a la que se le pretenda aplicar, parece que algo no anda del todo bien con una lectura que pretenda aglomerar consideraciones tan dispares bajo esta noción jurídica.

Debido a la llamada *hipertrofia del equilibrio económico*, se le ha dado tal importancia a la figura que se ha intentado construir para ella misma un fundamento jurídico propio. Así, una de las lógicas explicativas actuales está dada por la producción de un daño que ha sido causado por la Administración al dar aplicación a su régimen de exorbitancia, una Administración que, en pro de la protección del interés general, actúa de manera unilateral sobre el contrato, produciendo como resultado una alteración al equilibrio económico. En este momento se erige la responsabilidad patrimonial del Estado como fuente explicativa del deber de reparar, esto es, la fuente generadora de la obligación de restablecimiento del equilibrio es el daño producido al otro extremo de la relación contractual. Por otro lado, cuando sucede un hecho imprevisto que rompe el equilibrio

contractual, la responsabilidad deja de ser el fundamento explicativo, pues no existe una conducta que pueda ser imputada, toda vez que, por definición, la imprevisión debe provenir de un hecho ajeno, no imputable al actuar de las partes. De esta manera, la imposibilidad de imputación jurídica desvirtúa cualquier posibilidad de que la responsabilidad sea aplicada como fundamento del restablecimiento del equilibrio.

Este contexto descrito es compartido en la actualidad, en términos generales, por la jurisprudencia y la doctrina. Un ejemplo muy dicente de esta situación lo constituye la posición del Consejo de Estado, que ha sido partícipe de este enfoque al manifestar que no se restablece, ni siquiera, a título de responsabilidad sin falta, cuando la ruptura del equilibrio ha sido producto de un hecho imprevisto¹¹¹³.

La doctrina nacional especializada ha tratado de encontrar el fundamento del equilibrio económico y ha resultado, a falta de uno, con varios sustentos¹¹¹⁴:

“Con apoyo en la doctrina y en las jurisprudencias administrativa y constitucional, la doctrina nacional ha entendido que en Colombia el sustento del principio del equilibrio económico se concreta en la necesidad de prestación continua y eficiente del servicio público de la cual es colaborador el contratista; como una contrapartida a la existencia de prerrogativas públicas a favor de la administración en los contratos administrativos; en el reconocimiento de los principios constitucionales del deber de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la igualdad ante las cargas públicas y la garantía del patrimonio de los particulares; en la justicia contractual, y en la conmutatividad del contrato administrativo.”¹¹¹⁵

Dadas las azarosas y poco esperanzadoras consideraciones vistas hasta este punto, quizás lo que deba ocurrir es que se debe abandonar por completo el intento mismo de tratamiento unificado, de fundamentación de una institución que lo que comparte en realidad, como toda la construcción del contrato administrativo y del Derecho Administrativo en general, es una preocupación transversal por la prestación eficiente de los servicios públicos, es esto lo que aglomera las llamadas causas de ruptura; pero más allá, el equilibrio no es nada diferente a una mera referencia para conocer cuál debe ser el restablecimiento, solo en el contenido obligacional se puede saber cuál ha sido el desbarajuste, a él hay que retornar para determinar la medida del restablecimiento. El equilibrio es así la medida de la solución en términos de respuesta de las partes ante una situación que traumatiza el normal desarrollo y ejecución del contrato, pero no es la

¹¹¹³ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.

¹¹¹⁴ Cf. RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, op. cit., pp. 21 y ss.

¹¹¹⁵ SANTOS, Jorge Enrique, “Equilibrio económico del contrato estatal. Fundamento. Teoría de la imprevisión. Metodología del restablecimiento”, op. cit., pp. 166 y 167.

razón de ser en sí misma, no es el fundamento que explica el por qué las partes deben reaccionar a ese desbarajuste en primer lugar, y todo esto sucede porque lo que se ha tratado de encuadrar dentro de una teoría única (la del equilibrio económico) responde en realidad a lógicas diversas.

Lo que afirmamos entonces es que el Estado no debe acudir al rescate del privado porque el equilibrio se ha roto, esa es en sí la consecuencia (bien provenga del actuar de la Administración, bien de una medida imprevisible), pero no es el equilibrio mismo el que justifica, en primera medida, el porqué del restablecimiento, que el equilibrio se rompa no explica por sí mismo nada, pues a veces ocurre su ruptura y no hay por ello necesariamente lugar a una reacción por parte de la Administración. Es la necesidad de garantizar la continua y eficiente prestación del servicio público lo que justifica que el Estado pueda modificar la relación contractual y es la garantía de ese servicio público lo que justifica que el Estado deba ayudar a un contratista que, producto de un hecho imprevisible no culpable, enfrente una ejecución contractual más onerosa. El equilibrio entonces no es más que el límite, la consecuencia, la medida del restablecimiento, es el contenido de las obligaciones de las partes lo que permitirá observar y determinar la medida del perjuicio, pero no es la explicación y el fundamento del accionar administrativo.

De esta manera, si bien se ha dicho que la razón de ser de la actuación del Estado, la fundamentación del *ius variandi* y la imprevisión es el equilibrio mismo¹¹¹⁶, la necesidad de respetar la equivalencia entre derechos y obligaciones, en realidad, la razón de ser de estas medidas es la garantía del interés general, la continua y eficiente prestación del servicio público. Una vez entendido esto se tendrá que acudir al equilibrio para establecer e identificar el derecho lesionado (como ocurre en otros ejercicios de reparación de la lesión), derecho del contratista que, precisamente por encontrarse en medio de una relación particular con el Estado, que es el contrato mismo, está contenido en la relación obligacional, a ella se deberá acudir para conocer la medida de la afectación y el consecuencial resarcimiento. No es entonces el reequilibrio por el equilibrio, es el reequilibrio por el servicio público.

A pesar del camino recorrido en la búsqueda de una fundamentación adecuada, de un verdadero significado y conformación del equilibrio, el camino por recorrer es todavía

¹¹¹⁶ DE LAUBADÈRE, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, op. cit., p. 444.

significativo. El servicio público, su eficiente y oportuna prestación en pro del interés general, es la verdadera razón de ser, la real justificación que lleva a que la Administración deba reaccionar, bien modificando el contenido obligacional, bien actuando frente al desbarajuste que ha ocasionado la ocurrencia de hechos imprevistos ajenos a las partes. El servicio público está en la base de las distintas razones que explican una eventual reacción ante la ruptura, lo que implica que el equilibrio, en sí, debe dejar de ser el centro del debate, la razón y la justificación; requerimos y proponemos un relectura, un giro copernicano, que implica observar el equilibrio, no ya como el centro alrededor de cual gravita todo el sistema, la explicación misma del restablecimiento, sino como la medida del derecho a restablecer, pues a la relación obligacional debe acudir para conocer la medida del derecho afectado, pero ella no explica, en sí misma, la razón de ser del reaccionar de la Administración.

La propuesta de lectura reconfigurativa del equilibrio plantea además un interesante reto dogmático a partir del análisis de responsabilidad. Se ha pretendido explicar la obligación de restablecimiento desde la “responsabilidad contractual” de la Administración, no obstante, nunca se ha explorado el fondo de esta pretensión, no lo ha hecho la doctrina, no lo ha hecho la jurisprudencia en las distintas oportunidades en las que se ha pronunciado sobre el equilibrio. Vemos entonces que por el camino del equilibrio económico se llega así a una interesante consideración en materia de responsabilidad, que pone en entredicho conceptos como la procedencia misma de una “responsabilidad contractual” de la Administración.

¿Es el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales una situación jurídica que, al poner en funcionamiento el andamiaje administrativo, se explica a partir de la institución de la responsabilidad administrativa?

A este interrogante se ha contestado de manera afirmativa desde las obras más especializadas sobre la materia, llegándose a afirmar que “los áleas de distinta naturaleza que alteran la equivalencia económica del contrato administrativo **pueden encuadrarse dogmáticamente dentro de la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.**”¹¹¹⁷ (énfasis añadido). No compartimos, sin embargo, esta trascendente afirmación, creemos, en cambio, que no todas las situaciones que alteran el llamado equilibrio obedecen a la responsabilidad administrativa; por ello, el

¹¹¹⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999, p. 425.

tratar cada situación dentro de sus verdaderas manifestaciones jurídicas permite, al tiempo que se aclara el panorama y se reconduce el principio hipertrofiado a sus justas proporciones, construir una teoría unificada de la responsabilidad administrativa.

Al proyectar una escisión de la “responsabilidad contractual” de la Administración y de la responsabilidad extracontractual, se pretendió, para la primera de ellas, identificar en el equilibrio económico un fundamento único; sin embargo, de la mano de MODERNE, estamos convencidos de que el principio del equilibrio económico del contrato no puede ser un fundamento de la responsabilidad, ni siquiera de parte de ella, sino una función instrumental que permite determinar la medida de las obligaciones de la Administración¹¹¹⁸. Este rechazo a la pretensión de fundamentar en la ecuación financiera todo derecho del contratista a una indemnización que tenga lugar el marco de la actividad contractual administrativa, ha sido un tema del que se ha ocupado la doctrina, una doctrina que propuso, en cambio, una lectura a partir de nociones derivadas de la responsabilidad extracontractual administrativa¹¹¹⁹, vemos acá una posición que aporta claras luces para el camino que resta por recorrer.

IV. Un ruido aplacado y un panorama despejado para avanzar en la lectura unificada de la institución de la responsabilidad administrativa

En las manifestaciones de las llamadas causales de ruptura no existe nada diferente a lo que constituye el esfuerzo de delimitación, positiva y negativa, de la responsabilidad, reconducible en toda su extensión a la construcción general presentada en la primera parte de este trabajo.

De la mano de la construcción de BADAoui, podemos evidenciar la incorrecta e innecesaria remisión al equilibrio como fundamento de la indemnización que ocurre en algunos de los supuestos de las llamadas causales de ruptura¹¹²⁰, cuando en realidad lo que se necesita es entender, en su adecuada configuración, la responsabilidad administrativa.

¹¹¹⁸ MODERNE, Franck, prefacio a TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, op. cit., p. VIII.

¹¹¹⁹ Cf. PÉQUIGNOT, Georges, *Theorie générale du contrat administratif*, op. cit., pp. 425 y ss.

¹¹²⁰ En particular esta reflexión la presenta alrededor de la noción del hecho de príncipe entendido en su sentido amplio, esto es, de la mano de las llamadas modificaciones extrínsecas.

“ante la imposibilidad de atar la obligación que pesa sobre la Administración de reparar el perjuicio que ella ha causado a su cocontratante al modificar su contrato a la idea de culpa, la doctrina ha imaginado una teoría fuertemente seductora, la teoría del equilibrio financiero del contrato administrativo [sin embargo] esta teoría del equilibrio financiero del contrato administrativo es igualmente peligrosa e inexacta [...] es absolutamente incapaz de explicar la indemnización otorgada por la jurisprudencia. [Entre muchas] podemos endilgarle a la teoría el equilibrio otra crítica: ella no explica la indemnización debida al contratista cuando la Administración hace uso de su derecho de poner fin a sus contratos. Ya no podemos hablar de equilibrio a mantener en el contrato, porque el contrato no existe más.”¹¹²¹

Las reflexiones presentadas nos parecen en extremo ilustrativas en este momento. Señaló entonces el autor que bajo la idea de la ecuación esencialmente la Administración debe restablecer el equilibrio económico cada vez que este se rompe por un acto posterior a la conclusión del contrato, sin embargo, en una cantidad considerable de decisiones la jurisprudencia rehúsa la indemnización del contratante a pesar de que se produce la ruptura del equilibrio. “Reducido en su sentido relativo, la noción del equilibrio no significa más gran cosa. No puede indicarnos a partir de qué momento el aumento de las cargas del cocontratante, por un hecho de la Administración, le da derecho a una indemnización. No constituye entonces un criterio.”¹¹²²

Indica finalmente que cuando los jueces rechazan las demandas de indemnización, no lo hacen porque no se haya roto el equilibrio, lo hacen (recordemos que su análisis se ubica en las llamadas modificaciones extrínsecas) porque no se probó que se produjera un perjuicio especial. Construye entonces a partir de esta noción de daño especial el derecho del contratista a ser indemnizado cuando un acto general e impersonal de una entidad pública afecta a los ciudadanos, incluidos los contratistas del Estado.

A este punto se evidencia, sin hipérbole, la fundamental importancia de la individualización de las causas de ruptura del equilibrio económico del contrato, causas que, como lo hemos señalado, han pretendido de manera equivocada explicarse a través de un único concepto, cuando en realidad corresponden a lógicas diversas (¿disfuncionales?). Decíamos ya que al equilibrio solo debe acudir para observar la medida del restablecimiento, pero que este no es en sí mismo la razón de ser de la actuación del Estado frente a su contratista (pues creemos imposible un restablecimiento a favor de ambas partes bajo las estrictas lógicas del equilibrio económico en los

¹¹²¹ BADAOU, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, op. cit., pp. 130 y 133.

¹¹²² *Ibid.*, p. 206.

contratos del Estado). Es ahora donde más evidente se hace la distinción que se propone.

No solo se ha sugerido desde la doctrina que todas las causas de ruptura del equilibrio económico se pueden englobar a partir de la responsabilidad de la Administración, sino que la Corte Constitucional colombiana, en una posición que tiende a mezclar peligrosamente diversas instituciones jurídicas, ha respaldado la posición de aquellos que ven en las causas de ruptura una manifestación de la responsabilidad administrativa.

“[...] puede haber casos en materia contractual que implican **un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración**. [En algunos casos], **en función de la teoría de la imprevisión** (C.C art 2060 ord 2º), **habría un enriquecimiento de la administración sin causa que implica un deber indemnizatorio, pues el contratista no tiene por qué soportar ese perjuicio**. Así, si en tales eventos se aplicara el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 como fundamento único de la responsabilidad contractual del Estado, se estaría admitiendo que este daño no fuese reparado, lo cual vulnera el artículo 90 de la Carta”¹¹²³ (énfasis añadido).

La propia Corte Constitucional, a partir de una confusa amalgama de instituciones jurídicas, identifica el equilibrio económico de los contratos del Estado con la responsabilidad de la Administración fundada en el artículo 90 constitucional y ata a este razonamiento las diferentes causas de ruptura.

Por fortuna este panorama ha sido objeto de importantes ajustes interpretativos a partir del desarrollo jurisprudencial del contencioso administrativo colombiano, donde se ha realizado un esfuerzo de delimitación de la responsabilidad administrativa a partir de la individualización de las causales de ruptura, esfuerzo cuya cita en extenso se justifica sobradamente:

“en el caso del hecho del príncipe lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual ella está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado [...] **En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión**, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, [...] Pero **la indemnización en este caso, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es**

¹¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta [...]¹¹²⁴ (énfasis añadido)

Esta posición jurisprudencial tiene claro sustento en consideraciones doctrinales que han sostenido que mientras que el hecho del príncipe constituye sin duda un caso de “responsabilidad contractual” de la Administración, la imprevisión no reposa sobre la idea de responsabilidad patrimonial.¹¹²⁵

Debemos agregar, en lo que respecta a las modificaciones unilaterales sobre el equilibrio que aquí se han analizado, que autores como MARIENHOFF identifican a las claras al *ius variandi* con la responsabilidad. Para el autor “los actos de alcance particular dan lugar a la responsabilidad contractual del Estado”¹¹²⁶, frente a lo que habrá que preguntarse si de verdad en esta situación ha existido un daño antijurídico, punto de partida de cualquier análisis sobre la responsabilidad.

Al final del camino este panorama de discusión ha terminado por generar que en Colombia se haya llegado al extremo de tratar de clasificar las distintas causales de ruptura desde el punto de vista de la responsabilidad, a veces subjetiva (*ius variandi*), a veces objetiva (hecho del príncipe) y a veces a partir de la inexistencia de la responsabilidad por falta de imputación (teoría de la imprevisión)¹¹²⁷.

Frente al estado actual del desarrollo jurídico de la figura debemos señalar cómo, en estricto sentido, en la única situación en la que podemos y debemos hablar de responsabilidad es en el llamado hecho del príncipe, pero no bajo el entendimiento del ordenamiento jurídico colombiano, sino bajo la tesis que lo identifica con la actuación general de cualquier autoridad pública, incluida la de la propia entidad contratante, esto es, entendida en su sentido amplio, como lo hace BADAoui. Es allí donde tiene, y debe tener, pleno despliegue la responsabilidad, esta vez, objetiva, de la Administración.

¹¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.

¹¹²⁵ DE LAUBADÈRE, André, et al., *Traité des contrats administratifs*, t. II., op. cit., pp. 521 y ss.

¹¹²⁶ MARIENHOFF, Miguel, op. cit., p. 485.

¹¹²⁷ “Si bien la teoría tradicional del contrato privado ha enseñado que la responsabilidad contractual deriva de un incumplimiento culpable, un daño y una relación de causalidad entre aquél y éste, **en el contrato estatal esta clásica asignación hace del incumplimiento una especie de una noción más general, que se identifica con el equilibrio económico y financiero del contrato**, cuya ruptura por una conducta del Estado relacionada con el contrato ocasiona un daño antijurídico [...] **el equilibrio económico y financiero de los contratos en la contratación estatal se ha convertido en la fuente de responsabilidad del Estado** y medida del resarcimiento, ya sea cuando medie un hecho imputable a la entidad estatal o cuando se trate de un hecho que no le sea imputable pero que sea imprevisto y que le imponga al contratista una carga que no está en el deber de soportar”, GIRALDO LÓPEZ, Oswaldo, “El equilibrio, la responsabilidad y el riesgo en los contratos estatales”, en: *Revista de Derecho Público*, núm. 24, Universidad de los Andes, Bogotá, marzo de 2010, pp. 3 y 45.

Para su configuración se debe hacer un análisis (por completo ausente en la jurisprudencia administrativa colombiana) del daño, la imputación y el fundamento de responsabilidad, al que nos adelantamos a identificar con la ruptura de la igualdad antes las cargas públicas. Cuando se haya realizado todo el análisis precedente, al equilibrio, al contrato, solo se deberá acudir para conocer la medida del perjuicio, del derecho conculcado, para calcular la medida del restablecimiento, pero esto (a riesgo de ser reiterativos), se hará a efectos de identificar y cuantificar la lesión, pues aquí, el verdadero fundamento que explica este contexto jurídico particular es la responsabilidad de la Administración Pública, no el equilibrio mismo. La identificación de un perjuicio especial, sobre el que BADAQUI construye su propuesta, es ahora clave, por lo que debe precisarse que “existe perjuicio especial, no cuando el equilibrio económico del contrato se vea gravemente comprometido, sino cuando la carga que soporta el cocontratante es *desproporcionada* a la carga impuesta al resto de los ciudadanos.”¹¹²⁸ (énfasis original)

Aceptada, en gracia de discusión, la lógica jurídica anterior, debe plantearse un análisis subsiguiente, de gran complejidad histórica para el derecho y de significativa importancia para nuestra construcción, esto es, el carácter de la responsabilidad que en esta situación se identifica con el llamado hecho del príncipe ¿es acaso una responsabilidad de carácter contractual o extracontractual?

Algunos autores han intentado una respuesta a partir de la distinción de la fuente del daño, pues “es la fuente y la naturaleza del derecho lesionado, la que tipifica la especie de responsabilidad”, y dado que la lesión consiste en un “derecho de crédito del contratista [...] la responsabilidad es típicamente contractual.”¹¹²⁹

BENAVIDES se cuestiona sobre este asunto en los siguientes términos: “¿*Responsabilidad contractual?* [...] aunque se trata de una responsabilidad contractual, puesto que se deriva necesariamente del contrato en la medida en que la entidad estatal responde por los perjuicios soportados con ocasión de la ejecución, es preciso buscar su inspiración en la responsabilidad extracontractual, más precisamente en el principio de igualdad ante las cargas públicas.”¹¹³⁰

¹¹²⁸ BADAQUI, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, op. cit., p. 209.

¹¹²⁹ HERNÁNDEZ, Aida Patricia, “La responsabilidad contractual del Estado ¿Una responsabilidad sin imputación?”, en: *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 184 y 185.

¹¹³⁰ BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, op. cit., p. 138.

El que la citada doctrina se pregunte sobre la procedencia de una responsabilidad contractual del Estado sin imputación¹¹³¹, nos lleva, a modo de respuesta, a señalar que, dado que (tal y como pudimos evidenciarlo en el análisis de las condiciones de existencia¹¹³²) no podrá existir responsabilidad sin que un daño pueda ser atribuido a un actuar administrativo, pues este es un elemento *sine qua non* de aquella, será ahora evidente que, de la mano de una lesión que ha producido el actuar de una Administración, una lesión que es atribuible a una entidad pública, se identifica una institución unificada, que se materializa con independencia de la manera en cómo se vehicule la actuación administrativa, una responsabilidad patrimonial que ocurre y tiene pleno despliegue con independencia de que el daño que se materializa en el patrimonio de un particular, en este caso un contratista, deba ser identificado a partir de las observancias de las prestaciones patrimoniales vertidas en un contrato.

Al enfrentar esta significativa reflexión quizás se haya evidenciado que la inexistencia de las fronteras entre la “responsabilidad contractual” y la extracontractual llega en este punto a su momento culmen. Llega a su máxima expresión aquello que acá se ha sostenido pues, aunque la responsabilidad de la Administración Pública se produzca en la actividad contractual, no es una responsabilidad escindida, no es una u otra, no se excluyen mutuamente, pues en realidad constituyen una misma institución jurídica. Que el daño, que la lesión atribuible a la actuación de una Administración Pública se vea reflejado en la puntual configuración de derechos y obligaciones en un contrato, no hace nacer, ni justifica la construcción de toda una nueva institución diferente.

Una responsabilidad administrativa general forjada en las canteras de la responsabilidad extracontractual nos lleva a acudir al contrato con el único propósito de conocer la efectiva materialización y medida de la lesión, esto es, dado que el verdadero origen del daño está en una conducta desplegada por la Administración, el que haya que acudir al contrato para conocer la medida del daño no hace nacer toda una construcción jurídica independiente, como no lo hace el que haya que observar el tipo de daño, sea este producido por la prestación de un servicio sanitario, por la privación injusta de su libertad, por la irregular aplicación de las normas urbanísticas, por los actos de la Administración tributaria, etc. La actividad desplegada no hace nacer toda una

¹¹³¹ HERNÁNDEZ, Aida Patricia, “La responsabilidad contractual del Estado ¿Una responsabilidad sin imputación?”, op. cit., p. 184.

¹¹³² Cf. *Supra*, primera parte, t. II.

institución diferente en estos casos señalados y tampoco lo hace cuando la actividad desplegada se vehicula a través de un contrato administrativo.

En las demás manifestaciones, el problema del equilibrio, visto desde su origen, desde las dos concretas causales que le dieron nacimiento, el *ius variandi* y la imprevisión, no se explica a partir de la responsabilidad patrimonial, ni “contractual” ni extracontractual. Existe una obligación, sí, de reacción y reconocimiento pecuniario por parte de la Administración, pero la lesión atribuible no es la única fuente posible¹¹³³. “Dentro de las clasificaciones varias de las fuentes de las obligaciones, son básicas y seguirán siéndolo, cualquiera que sea el nombre que se les dé, la disposición de intereses (acto jurídico, contrato, negocio jurídico) y el acto nocivo antijurídico (delito y cuasidelito, culpa, acto ilícito o simplemente lesivo)”¹¹³⁴. Para nosotros debe acudirse a este razonamiento para poder explicar lo que ocurre al interior de cada de las situaciones jurídicas que suelen ser enmarcadas dentro del equilibrio económico del contrato, es la disposición de interés, en este caso, la que tiene las claves de la solución.

El contrato no es *per se* la fuente de la responsabilidad administrativa, lo es su incumplimiento¹¹³⁵, y en ninguna de las dos causales señaladas se incumplen las obligaciones contractuales, por el contrario, se les da plena ejecución. Cuando se procede a restablecer el equilibrio en virtud de las propias estipulaciones contractuales (o en subsidio la ley), no puede pensarse en la responsabilidad como la fuente de la obligación. Basta mirar cómo, en estricto sentido, en el *ius variandi* no hay perjuicio, no

¹¹³³ Código Civil colombiano, artículo 1494. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

¹¹³⁴ HINESTROSA, Fernando, prólogo a HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, op. cit., p. 15.

¹¹³⁵ “El vínculo, es claro, se manifiesta inmediatamente en el deber de realizar la prestación, cumplir; pero también como un momento diferente, aunque conexo, en la responsabilidad subsecuente a la eventualidad de un incumplimiento, de tal suerte que, llegado el caso, dicho vínculo que en principio podía deshacerse con el cumplimiento del deudor se sustrae a su influencia y se pone a disposición del acreedor [...] Desde el mismo momento en que se crea el vínculo, está latente la responsabilidad por incumplimiento, que saldrá a la luz si dicho incumplimiento se puede atribuir al deudor [...] El fenómeno, en esta óptica, se desarrolla en fases sucesivas: la responsabilidad sigue al débito, sólo si éste no se resuelve en la plena satisfacción del interés del acreedor, y así pues, si no se alcanza tal resultado (por un hecho imputable al deudor) nace una nueva relación, que se suma a aquella originaria, y que se traduce en el resarcimiento del daño causado, en fin, si esta nueva obligación no se cumple aparece una tercera fase, potestativa e instrumental para el acreedor, de proceder a la ejecución forzada del patrimonio del deudor [...] Este es el porqué de afirmar que la responsabilidad no hace parte del momento existencial de la obligación sino que aparece como una potencia destinada a hacerse presente en caso de incumplimiento, y en función de la tutela predispuesta a favor del acreedor insatisfecho”. CORTÉS, Edgar, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 27-29.

hay aminoración patrimonial, pues de la mano de la modificación en las cargas contractuales, va atado el correspondiente reconocimiento. Incluso, en estricto sentido, las más de las veces, no se ha roto de manera real y efectiva el equilibrio, pues existe una compensación que se ata, que va unida al acto en el que se consagra la modificación unilateral¹¹³⁶. Precisamente habíamos visto que para una parte de la doctrina el *ius variandi* no es sino una manifestación de la potestad expropiatoria que exige una compensación justa, cuya única peculiaridad es que sea liquidable en el seno de un contrato, pues el poder expropiatorio se ejerce directamente sobre él¹¹³⁷.

Por ello, si a la mayor ejecución, si a las mayores cargas contractuales se ata, como en efecto debe ocurrir, de inmediato el reconocimiento, no puede predicarse que el contratista haya sufrido aminoración patrimonial alguna, no existe lesión atribuible cuando no se puede predicar una real afectación en un patrimonio, lo que no ocurre si, al ejercer correctamente una potestad exorbitante de modificación unilateral, la Administración reconoce de inmediato que las mayores cargas contractuales conllevan un mayor reconocimiento patrimonial para el contratista. Tal y como el patrimonio del expropiado permanece invariable cuando tiene lugar un adecuado cálculo y aplicación del justiprecio, en este caso tampoco existe, entendida de manera correcta, una aminoración patrimonial.

Estas consideraciones nos llevan también a cuestionar cómo, ante la ocurrencia de la imprevisión cuando esta se identifica con el actuar de una entidad administrativa tercera al contrato, tenga que ser la entidad contratante la que deba asumir, vía imprevisión, la reacción de una medida que fue originada por otra autoridad administrativa. ¿Cuál es su justificación? ¿No debería ser el patrimonio de la entidad responsable del daño aquel donde recaiga la obligación de reparar el derecho afectado, que en este caso está contenido en la relación obligacional vertida en el contrato? ¿Existe acaso por esta vía “un principio general de responsabilidad objetiva de una Administración Pública por actuaciones de otra distinta”?¹¹³⁸ Inquietudes todas que ponen en evidencia un vacío por

¹¹³⁶ “[...] una facultad de este carácter [exorbitante] podría válidamente incluirse como un pacto contractual civil, siempre que no [...] rompiese la equivalencia de prestaciones –como no lo hace en el contrato administrativo al ir acompañada de un derecho de indemnización al contratista afectado–” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, op. cit., p. 124.

¹¹³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 788.

¹¹³⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos”, op. cit., p. 163.

colmar y la urgente necesidad de que ello se haga con paso firme hacia la plena unificación de la institución de la responsabilidad administrativa.

Finalmente, en punto a la imprevisión, es aún más fácil y pacífico observar el que tampoco se produzca la *lesión atribuible* como elemento común de la responsabilidad administrativa, lo que hace que, al desaparecer el elemento central, desaparezca con ello el cobijo de la institución. Dijimos ya que en los casos donde juega la teoría de la imprevisión no hay imputación de la lesión a ninguna autoridad pública; incluso si quisiera identificarse la llamada excesiva onerosidad como un daño, no es un perjuicio atribuible al actuar de ninguna Administración, lo que hace desaparecer cualquier pretensión de acudir en auxilio a la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Al final, de las tres causales individualizadas, solo una de ellas constituye la clara manifestación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la actividad contractual, en las otras dos causales ha desaparecido la *lesión atribuible*, en ambos casos hemos perdido la reina.

CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE

Una deuda pendiente por saldar tiene la doctrina administrativa frente a la configuración de la “responsabilidad contractual” de la Administración, bien para proponer su tratamiento escindido, bien para abrogar, como aquí se propone, por un tratamiento unificado de la responsabilidad patrimonial, que desde la teoría general alcance y cubra todas las actividades de la Administración, incluida su actividad contractual.

Los pocos trabajos que se ocupan de la materia se dedican a observar las particulares manifestaciones de la responsabilidad de la Administración en el ciclo contractual, privilegiando esa mirada por encima de una lectura general de la indemnización administrativa.

El incumplimiento administrativo es el elemento a partir del cual se ha pretendido justificar algún grado de autonomía de la “responsabilidad contractual” de la Administración frente a su par extracontractual. Sin embargo, hemos visto que, al observar el correcto entendimiento de la falla del servicio como la violación de un contenido obligacional a cargo de la Administración, se entiende que el incumplimiento contractual es una clara manifestación de un funcionamiento anormal por el cual debe responder la Administración Pública, para lo cual tendrá lugar el concurso de la teoría general, sin necesidad de acudir a nuevos y huidizos títulos de imputación en la actividad contractual administrativa.

En punto a la comprobación de unos fundamentos unificados, la manifestación de una *lesión atribuible* al actuar de la Administración sigue presente como clave de identificación del sistema, para observar que allí donde ella tenga lugar, tanto en la actividad precontractual, como en la contractual y la postcontractual, tendrá pleno despliegue el instituto unificado de la responsabilidad administrativa.

El principio general del enriquecimiento sin causa es una significativa institución vecina de la responsabilidad administrativa que nos ha permitido, al tiempo, observar sus convergencias y la urgente necesidad de su correcta delimitación. Allí donde una tenga lugar, la otra sede su espacio, siempre en observancia de una materialización residual del enriquecimiento injusto, cuando se hayan eliminado el resto de opciones de obtener justicia. Los riesgos contractuales, por su lado, su adecuado entendimiento, configuración y gestión, permiten entender cabalmente que allí donde exista una

asignación contractual del riesgo, su posterior acaecimiento excluye, por definición, las posibilidades de acudir en auxilio de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Adicionalmente, luego de observar la llamada hipertrofia del principio del equilibrio económico de los contratos, de manera decidida hemos intentado acallar el estridente ruido que esta figura genera. Lo que hemos hecho convencidos de que, solo hasta que esta institución se entienda en su justa medida, solo hasta que se comprenda cabalmente lo que ocurre a su interior en cada una de sus causales de ruptura (el *ius variandi*, el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión), se podrá realizar una adecuada configuración de la responsabilidad administrativa.

El entendimiento adecuado de los distintos traslados patrimoniales que ocurren en la actividad contractual de la Administración permite concluir la existencia de una institución de la responsabilidad fuerte, unificada, que tiene lugar tanto al interior como fuera de la actividad contractual de la Administración Pública.

¿Podemos seguir hablando de ajedrez si decidimos jugar sin la reina?
H. L. A. Hart, 1961

CONCLUSIONES GENERALES

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es una institución amplia, robusta y suficiente para cobijar toda la actuación administrativa, una institución que abarca tanto la actividad administrativa contractual como las distintas actividades que se ubican fuera del contrato administrativo.

La pretensión de una construcción unificada de las llamadas responsabilidad contractual y extracontractual administrativa, en favor de la cual se posiciona el presente trabajo, es un propósito que no se eleva desde el vacío, por el contrario, está fuertemente apoyado en una doctrina civil que ha vuelto sobre la clásica distinción para cuestionar la necesidad de una lectura escindida de la institución jurídica.

Una deuda histórica pesa sobre la doctrina administrativa, pues poco, demasiado poco ha reflexionado sobre la existencia, procedencia y necesidad de una teoría general de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando celebra y ejecuta contratos. Mientras que quienes se ocupan de estudiar la responsabilidad extracontractual consideran, en gran parte, que la responsabilidad contractual administrativa pertenece a la teoría general del contrato administrativo, los contractualistas omiten, de igual manera, realizar un estudio del tema, convirtiendo a la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual en tierra de nadie.

Las reflexiones presentadas en este trabajo apuntan a superar, en alguna medida, esta deuda histórica. Bajo una línea de principio, que ha coloreado todo el análisis desarrollado en la presente tesis, estamos convencidos de la existencia y procedencia de una responsabilidad patrimonial administrativa unificada, tanto dentro como fuera de la actividad contractual. De esta manera, la construcción de una teoría de la responsabilidad de la Administración en su actividad contractual debe hacerse de la mano de la responsabilidad extracontractual administrativa, pues pueden ser identificados fundamentos y condiciones de existencia comunes.

La responsabilidad de la Administración en su actividad contractual solo podrá tener lugar en una construcción unitaria en la medida en que observe y se adecue a los elementos más definitorios que distinguen a su par extracontractual. Por ello, para avanzar en esta pretensión de unificación, como requisito previo debían primero identificarse los rasgos más característicos de la institución jurídica, lo que hemos hecho de la mano de la responsabilidad extracontractual administrativa, una cantera donde existe un sinnúmero de trabajos y reflexiones que se han ocupado de su estudio.

Puesto que el esfuerzo consiste en realizar una lectura de conjunto de la responsabilidad administrativa, que cobije todas las actuaciones administrativas, había primero que identificar, de manera adecuada, la institución de la responsabilidad patrimonial, que ha sido construida particularmente de la mano de la responsabilidad extracontractual, para luego observar de qué manera la responsabilidad en la actividad contractual se identifica con la construcción general. El enorme reto estaba dado por determinar qué de fundamental tiene la responsabilidad patrimonial, cuál es su núcleo duro, sus rasgos más característicos y determinantes, en una palabra, se trataba de explorar los fundamentos de la institución jurídica.

La investigación realizada nos ha enfrentado a una sólida institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Una institución que, desde su arribo y consagración, no ha cesado de extender sus fronteras. La tendencia expansiva de la responsabilidad patrimonial obliga a realizar una mirada sobre sí misma para identificar y reivindicar los rasgos más característicos de la institución. Así, mientras que se amplían las formas de reconocimiento, se reacciona frente a un número mayor de derechos y de intereses legítimos, mientras el principio de reparación integral abarca un mayor espectro y se reconocen indemnizaciones soportadas en categorías como la pérdida de oportunidad, a la institución jurídica se le hace imperativo identificar sus elementos más fundamentales.

La responsabilidad patrimonial pública es víctima de sus propias conquistas. De la mano de un deseable proceso de mayor reconocimiento de derechos y garantías para el ciudadano, la responsabilidad corre un alto riesgo de terminar siendo excesivamente amplia.

El proceso de amplificación de la responsabilidad civil nos ha dejado con una robusta institución, que reacciona frente a un importante número de daños, aunque para ello

haya tenido que pagar un precio, perder coherencia interna, pues el proceso de ampliación descrito ha hecho que se diversifiquen cada vez más los entendimientos, las lecturas sobre la institución, que se difumine un arco iris que se hace más bello, a la vez que se hace más complejo.

En el proceso de crecimiento de la responsabilidad deben existir límites al ensanchamiento de la institución jurídica, límites que vienen impuestos por el proceso de desnaturalización que se puede llegar a producir cuando esta no responda ya al papel para el cual fue concebida.

Por el sendero de la identificación de una institución jurídica que crece, y de la consecuente preocupación por los límites de la responsabilidad pública, se hace imperativo un proceso de identificación y de delimitación. La inquietud más profunda que mueve un estudio sobre los fundamentos y condiciones de existencia de una institución está dada por una necesidad de pertenencia, de identificación, por una angustia por el reconocimiento de sus rasgos más básicos y definitivos.

Una lectura sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que ha comenzado desde el momento mismo en que el abandono de la culpa como eje articulador hizo que brotaran profundos cuestionamientos, ha arrojado un sinnúmero de desencuentros doctrinales, de desacuerdos sobre los principios más elementales. El riesgo, la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, la teoría de la garantía, la equidad, la garantía patrimonial de los ciudadanos, son algunos de los ejemplos aquí estudiados que permitieron demostrar los infructuosos ensayos para identificar un principio último sobre el que se pueda apoyar toda la estructura.

Inspirados en la propuesta de EISENMANN, quien años atrás señaló que en el estudio de la responsabilidad debían privilegiarse los fundamentos mediatos e inmediatos para un adecuado proceso de identificación, hemos realizado un análisis de los fundamentos y de las condiciones de existencia en el afán de establecer aquello que de fundamental debe tener la responsabilidad; no obstante, el camino nos arrojó a una multiplicidad de discrepancias de una doctrina que no logra ponerse de acuerdo sobre la concepción misma de lo que por fundamento debe entenderse.

Al habernos preguntado, de la mano de HART, qué es lo que en realidad quieren saber aquellos que se inquietan por los fundamentos de una institución jurídica, habrá que

manifestar que el desasosiego por hallar el núcleo duro de una institución jurídica no está motivado por una ignorancia, simple olvido o incapacidad de identificar los fenómenos normales y ordinarios a los que normalmente se asocia la institución. En realidad, volcados los ojos hacia el interior, por vezada que se presentara la pretensión de continuar en la investigación de la que quizás sea la institución más estudiada del Derecho Administrativo, creemos poder identificar aquello que queríamos saber y por qué queríamos saberlo; esto es, la búsqueda estaba ante todo motivada por una clave de identificación del sistema, que permitiera construir una línea sobre las interacciones que la responsabilidad de la Administración tiene con instituciones vecinas y que permitiera, a su vez, identificar aquello que le pertenece y aquello que está a extramuros.

Es precisamente por la señalada imposibilidad de llegar a acuerdos que la investigación avanzó sobre un dato común, sobre un mínimo común denominador que debe estar siempre presente y que es útil como elemento de identificación del sistema. Por esto, nuestra propuesta consiste en identificar, con independencia de que se le catalogue como el fundamento, una nota característica, el signo distintivo para realizar un adecuado proceso de identificación. Este dato común lo hemos hecho coincidir con la noción de *lesión atribuible*, una concepción que, si bien puede resultar, en principio, familiar y evidente, es en realidad una identificación con una importante repercusión sobre la pretensión de una lectura unificada de la responsabilidad de la Administración, que abarque todo el accionar administrativo, dentro y fuera de la actividad contractual.

Al avanzar en el estudio de la responsabilidad se hizo evidente la necesidad de observar la institución ya no desde sí misma, sino desde la lectura que algunos marcos conceptuales generales han hecho de ella. Para esto, el estudio del Análisis Económico del Derecho y de las llamadas teorías basadas en la justicia se presentó como ineludible. Para el Análisis Económico del Derecho, dada la forma en la que privilegia la eficiencia por encima de otras consideraciones, el daño puede ser permitido en la medida en que la actividad económica que lo genera pueda compensarlo eficientemente, lo que es lo mismo, en la medida en que las ganancias superen las pérdidas sufridas, situación que hace que el daño no se observe como algo intrínsecamente errado, ruin, inmoral o injusto.

Por otro lado, como una reacción alternativa a esta lectura, han tenido lugar las llamadas teorías basadas en la justicia, para quienes, si bien la teoría económica es atractiva, no logra donar una explicación consistente de los conceptos que dan forma a la

responsabilidad extracontractual, cuando, por ejemplo, omite ver a la causalidad como un eje central de la problemática. De esta manera, una justificación como la de distribución de pérdidas que es indiferente a la causación, no tiene lugar en una responsabilidad extracontractual coherente. La compensación del daño, en un número importante de casos, no sirve para legitimar lo que en su ausencia sería incorrecto. No es un precio que se paga por obtener un permiso de la víctima a ser dañada. El daño es entonces una situación indeseada, además de inmoral e injusta. Se desprende, por demás, de este estudio que el causar un daño, estar en su origen, importa a efectos de su reparación.

Finalmente, los análisis en torno a las nociones de justicia correctiva y justicia distributiva permitieron concluir que la responsabilidad patrimonial no debe ocuparse de ejercicios redistributivos de riqueza, pues, desde una teoría de la competencia institucional, se observa que algunas instituciones no están concebidas ni preparadas para tomar decisiones, ni materializar deseos de política pública, como ocurre con la responsabilidad y la pretensión de instrumentalizarla para realizar ejercicios redistributivos. Determinar cuál debe ser la distribución apropiada de la riqueza parece un trabajo más apropiado para el legislador, donde elementos como la legitimidad democrática hacen más apropiado el ejercicio de asignación y reasignación. Al final de todo el análisis realizado desde los marcos conceptuales, y al hilo de esta última construcción, se recuerda que el objetivo principal de la responsabilidad es la corrección de la injusticia.

El estudio de los fundamentos constitucionales de la responsabilidad patrimonial en los ordenamientos colombiano y español ha permitido observar, en primera medida, el legado que la construcción de la lesión antijurídica ibérica ha tenido en la construcción del daño antijurídico colombiano, una categoría constitucional que se apoya sobre la problemática y difusa noción de un daño que no se está en la obligación jurídica de soportar. Ahora bien, este análisis nos enfrentó a dos consagraciones constitucionales que no comparten todos sus elementos; por el contrario, el artículo 90 de la Constitución Política es una disposición que se encarga de reglamentar toda la responsabilidad del Estado colombiano, de todas sus autoridades públicas, que abarca, por demás, la responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia y del Estado-legislador, mientras que el artículo 106.2 de la Constitución española gobierna, de manera exclusiva, la responsabilidad de las Administraciones Públicas. De manera

adicional, producto de la lectura que sobre el artículo 90 ha hecho su intérprete autorizado, la Corte Constitucional colombiana ha erigido al daño antijurídico como la noción que cobija toda la actividad de la Administración, incluida la actividad precontractual, contractual y postcontractual. Una realidad que implica, para la pretensión de una lectura uniformizada de la institución, la comprobación de la existencia de un ordenamiento jurídico que ha concebido y hecho posible la unificación, si bien es verdad que un largo camino queda por delante, pues, aunque se haya señalado la lectura omnicomprensiva, la doctrina y la jurisprudencia del país latinoamericano poco han avanzado sobre las repercusiones y posibilidades reales de esta concepción.

El análisis de las condiciones de existencia, en particular del daño, de la acción u omisión de las autoridades públicas y de las consideraciones causales acá presentadas, nos permitió realizar una lectura reconfigurativa de los requisitos de la responsabilidad. Así, contrario a una mera identificación de los elementos, hemos pretendido avanzar en su recomposición, lo que hemos hecho de la mano de propuestas como la verosimilitud del daño en oposición a su certeza, pues cuando se hace más evidente la imperfección del conocimiento humano y la existencia de leyes probabilísticas por encima de leyes causales, es, en alguna medida, quimérico asegurar la certeza de un daño que al momento de pronunciarse sobre su restablecimiento aún no se ha producido.

Para solo volver sobre otra de las nociones a las que nos aproximamos desde una lectura crítica, con miras a su reconfiguración, merece la pena reseñar que la noción de *daño antijurídico* fue estudiada para señalar su falta de utilidad, o por lo menos para poner en cuestión su verdadero interés a efectos de avanzar en la delimitación de la institución. Señalamos en su momento que la responsabilidad es una institución suficientemente compleja como para que el arribo y permanencia de una noción fundamental solo esté justificada cuando el concepto que se estudia aporte elementos de definición, y el daño antijurídico no parece ser uno de esos elementos.

La anterior afirmación, que se manifiesta como una conclusión de este trabajo, fue sustentada desde la convicción del advenimiento de una noción que llegó para tratar de solucionar un problema que no existía en primer lugar. En estricto sentido, tras años de disciplinada aplicación de este concepto, el daño antijurídico sigue todavía en deuda como elemento conceptual diferenciador. Dijimos entonces que el calificar el daño con el apellido de la antijuridicidad no es un verdadero aporte cuando se constata que, en realidad, que el daño deba soportarse o no, dada la existencia de razones jurídicas, es

una realidad que solo se determina al final del estudio de todos los elementos de la responsabilidad, no desde la propia definición del daño mismo. Basta con observar que existen daños antijurídicos que, aunque inicialmente podrían ser catalogados como tales, luego de acudir al estudio en cadena, a la lógica secuencial que representa la responsabilidad patrimonial, se niegan a sí mismos, pues, cuando otros requisitos no están presentes, como el factor de atribución, el daño, aunque inicialmente antijurídico, deberá ser inexorablemente soportado. La noción de daño antijurídico duplica innecesariamente, desde el inicio del primer requisito, el juicio de responsabilidad, un requisito que solo puede terminar por ser corroborado o descartado cuando se realice el respectivo análisis del resto de requisitos. Esta es una duplicidad que no se presentaría si, al estudiar el primer elemento de la responsabilidad, el daño (que no el daño antijurídico), se elimina el atrayente, aunque infructuoso juego de palabras de una lesión que no se está en la obligación jurídica de soportar.

Finalmente, estamos convencidos de que el desplazamiento del centro de gravedad que se pretendió con la lesión antijurídica, se produce efectivamente sin necesidad de acudir a conceptos de poca concreción. Afirmamos que para que llegue a operar el anhelado desplazamiento no es necesario apellidar el daño con la nota de antijuridicidad. El giro del centro de gravedad, laudable en todo sentido, no fue finalmente sino una cuestión de grado, pues la posición ocupada por la víctima, su afectación, siempre ha sido un elemento central por encima del comportamiento dañino del autor, tanto como que allí donde se presente un comportamiento intencional, cuya conducta no haya generado daño alguno, la responsabilidad civil no despliega su concurso. Siempre ha sido meridiano que el daño, la afectación de la víctima, tiene una posición de privilegio, pues la culpa sin daño no genera responsabilidad patrimonial.

El estudio de la causalidad nos permitió pronunciarnos sobre propuestas como la adopción de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad patrimonial, un análisis que hizo posible el observar que la reingeniería de la institución está poco justificada cuando se arriba, por un camino más largo, a resultados similares a los obtenidos en la actualidad; al tiempo que puso de presente el riesgo de duplicidad (advertido desde la doctrina civil) en el análisis de las condiciones de existencia que tiene lugar cuando se termina por adelantar, al momento donde se está realizando la imputación objetiva, el juicio de culpabilidad en la conducta del agente. Así mismo, en punto a nociones como la pérdida de oportunidad, de la mano de la doctrina autorizada

y de su concepción diferencial frente a posiciones como la sostenida por el Consejo de Estado colombiano, estamos persuadidos de que, a través de la aplicación de esta teoría, se indemniza, más que el daño efectivamente causado, un daño que probablemente se causó. Por ello afirmamos que en un mundo donde la incertidumbre tiende a ser el maestro que gobierna, la probabilidad se presenta como el recurso en el que debemos refugiarnos cuando no nos queda otro remedio disponible.

Finalmente, en punto al elemento causal, hemos reaccionado frente a la propuesta de la llamada responsabilidad administrativa sin causa, o sin hecho, pues creemos que con esta construcción hemos arribado a los límites de la institución. A extramuros de la institución se encuentra una serie de reconocimientos patrimoniales, regímenes legislativos, que, apoyados ampliamente en la noción de solidaridad, llevan a que la Administración realice una diversidad de traslados patrimoniales que no se explican bajo la institución de la responsabilidad patrimonial. Daños catastróficos, transfusiones sanguíneas, víctimas del terrorismo, en todos estos casos existen víctimas que sufren afectaciones en sus patrimonios, lo que ha hecho que, a partir de la consagración de regímenes legislativos que establecen un reconocimiento patrimonial, se sostenga que estas situaciones deben tener cobijo bajo la responsabilidad pública.

Nuestra investigación nos ha llevado a reaccionar, de manera decidida, frente a esta propuesta. Para ello el concepto de *lesión atribuible*, identificado en el estudio de los fundamentos, nos ha sido en extremo provechoso, pues cuando la Administración no está en el origen del daño, cuando a ella no puede atribuírsele la lesión, aunque exista un reconocimiento y un traslado patrimonial por parte del Estado, este no se explica por la misma institución jurídica. Una Administración que no tiene control sobre el origen del daño, que no es su causa, podrá reaccionar y reconocer la afectación de un particular, pero ello no se hará en sede de responsabilidad patrimonial. Por esto estamos convencidos de que aquí, en esta precisa intersección, se escribe un nuevo e importante capítulo de nuestro Derecho Administrativo. Estas consideraciones han permitido, por demás, evidenciar la manera en la que la responsabilidad ha perdido el monopolio de la indemnización.

El concepto de *lesión atribuible* al actuar administrativo permite, a su vez, avanzar en otras delimitaciones necesarias, como la que ocurre con la responsabilidad civil enfrentada a la expropiación forzosa o al enriquecimiento sin causa. Pero además, y fundamentalmente, es un instrumento que permite avanzar en la pretensión de lectura

unificada de la responsabilidad de la Administración, dentro o fuera de la actividad contractual.

Como elemento central afirmamos que la llamada “responsabilidad contractual” de la Administración no es nada diferente a la aplicación de la teoría general de la responsabilidad patrimonial administrativa en una actividad particular de la Administración, en este caso, la actividad contractual de la Administración Pública. En consecuencia, estamos convencidos de que la responsabilidad de la Administración es una, dentro o fuera del ciclo contractual.

Si el tipo de instrumento en el cual están vertidas las obligaciones de la Administración fuese la fuente primigenia que justifica un tratamiento escindido de la responsabilidad patrimonial, esta debería tener bastantes más subdivisiones, como la responsabilidad por acto administrativo o por reglamento. Así mismo, si fuese el tipo de actividad que se despliega, tendríamos subdivisiones de la institución a partir de la responsabilidad por obligaciones derivadas de la actividad de fomento o de limitación; no obstante, estas particulares manifestaciones de la responsabilidad patrimonial están todas cobijadas bajo la responsabilidad extracontractual. No creemos, por ello, que cuando sea otro el vehículo, cuando las obligaciones de la Administración estén contenidas en un contrato, se justifique entonces una subdivisión con las repercusiones que implica las pretendidas responsabilidades contractual y extracontractual administrativa. Ni el instrumento ni la actividad desplegada cambian la esencia de la institución al punto que justifiquen un tratamiento individualizado, no lo hacen para ningún tipo particular en que se manifieste la actividad administrativa, no lo hace para el caso puntual de la actividad contractual de la Administración.

Ahora bien, al haber sometido a estudio la forma en la que se ha pretendido configurar la “responsabilidad contractual” administrativa, el panorama hallado nos alejaba de una anhelada visión de conjunto. Los pocos trabajos que se han dedicado al tema se encargan de realizar una simple identificación de las manifestaciones de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual. Así, a partir de la lectura de varias disposiciones normativas contractuales (LCSP y el Estatuto Contractual colombiano), se observaron puntuales situaciones de reconocimientos patrimoniales que tienen lugar durante la celebración y ejecución de los contratos. Entender si estas particulares manifestaciones pueden obedecer a una lectura unificada de la institución, es una deuda que resta por saldar por parte de la doctrina administrativa.

Dentro de los hechos generadores de la llamada responsabilidad contractual, el incumplimiento juega un papel de liderazgo. En una relación obligacional, cuando el deudor no adecua su conducta al contenido de la prestación, se ubica por fuera del cumplimiento. La falta de ejecución, la ejecución tardía o la ejecución defectuosa son las categorías que acompañan el factor subjetivo por excelencia. Para el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el incumplimiento administrativo genera, sin duda, daños, lesiones que pueden ser tanto consustanciales como consecutivos al incumplimiento. Por este camino, de la mano de una construcción que observa a la falla del servicio como la violación de una obligación a cargo de la Administración, creemos haber identificado una característica para avanzar en la lectura unificada. La citada lectura de la falla del servicio como título de imputación que puede tener lugar, también, en la actividad contractual, permite descartar las propuestas de títulos específicos e individualizados de imputación cuando lo que ocurre es la responsabilidad patrimonial en la actividad contractual derivada del incumplimiento administrativo.

Frente a los hechos generadores objetivos, la doctrina más autorizada creyó poder identificar en la procedencia de la responsabilidad contractual sin culpa un elemento de singular originalidad frente a la responsabilidad de derecho privado. Desde esta construcción la ruptura del principio del equilibrio económico de los contratos públicos se erige en el fundamento mismo del deber de reparar. En torno a esta noción de equilibrio económico se ha pretendido construir toda una teoría de la indemnización administrativa. Sin embargo, el estudio que acá se presenta ha hecho posible poner en evidencia que el equilibrio económico no es la razón última que justifica la reacción patrimonial administrativa. No es la ruptura del equilibrio lo que explica su restablecimiento, por el contrario, para entender a cabalidad lo que ocurre en las distintas situaciones que se suelen englobar bajo el concepto de equilibrio financiero, debemos individualizar las llamadas causales de ruptura, solo así se podrá evidenciar de manera efectiva la verdadera naturaleza de los diversos traslados patrimoniales que tienen lugar en la actividad contractual administrativa.

El *ius variandi*, la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, son las causales históricas que estudia la doctrina y la jurisprudencia como factores de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo, noción última que, como resultado de

su lectura hipertrofiada, ha generado un enorme y perjudicial ruido para el entendimiento pacífico de la responsabilidad administrativa en la actividad contractual.

En punto a la primera de las causales de ruptura reseñadas, el *ius variandi*, la noción de *lesión atribuible* al actuar administrativo nos permite descartar cualquier recurso a la institución de la responsabilidad patrimonial para fundar en ella las razones del reconocimiento patrimonial. Esto pues, en puridad, al igual que ocurre con la institución de la expropiación forzosa, en estos puntuales supuestos no existe daño, en su entendimiento cabal de aminoración patrimonial. Cuando la Administración realiza un ejercicio expropiatorio, con el llamado justiprecio se reconoce de inmediato el valor patrimonial del bien a expropiar y, adecuadamente concebido, debe dejar inalterado el patrimonio del ciudadano expropiado, quien, al tiempo que se desprende de un bien, recibe en su patrimonio el equivalente de su valor pecuniario. Creemos que esto mismo ocurre cuando lo que tiene lugar es el uso de una facultad exorbitante, de una prerrogativa contractual como la modificación unilateral, pues en este caso, al tiempo que se decide una mayor ejecución contractual, se ata a la modificación el correspondiente reconocimiento económico que la mayor ejecución acarrea. No parece entonces existir daño, lesión patrimonial alguna, cuando el acto mismo que modifica el contrato viene atado al reconocimiento pecuniario por la mayor carga contractual.

En lo correspondiente a la teoría de la imprevisión, una vez más de la mano de la *lesión atribuible*, podemos ver la improcedencia de la responsabilidad patrimonial como la institución jurídica que puede justificar el reconocimiento patrimonial. Dada la configuración misma de la imprevisión, que exige que el evento sea externo y ajeno a la voluntad de las partes, es palmario evidenciar que la lesión, si alguna, no trae causa del actuar administrativo, no está la Administración en el origen de la lesión, lo que permite descartar cualquier apoyatura en la responsabilidad pública como marco conceptual. No solo la ruptura del equilibrio no es el fundamento del deber de reparar, sino que la reacción patrimonial de la Administración no se produce en sede de responsabilidad administrativa, entre otras razones, porque en esta precisa causal de ruptura la Administración Pública no busca reparar un daño, sino que participa del déficit a través de una ayuda a su contratista. Se activan, en consecuencia, la lógica de los regímenes legislativos y nociones como la justicia distributiva, observadas en la primera parte del trabajo, para tratar de ubicar la razón de ser de este concreto reconocimiento patrimonial.

Finalmente, en lo que toca al hecho del príncipe como causal de ruptura, hemos identificado una clara e incontestable manifestación de la responsabilidad de la Administración, pues en este caso, la lesión que sufre el contratista puede ser atribuida al actuar administrativo, lo que permite que el traslado que acá se efectúe se observe a partir de los lentes de la responsabilidad administrativa.

Visto de esta manera, al individualizar las causales de ruptura, resulta palmario que el concepto del equilibrio es una noción insuficiente y azarosa, el equilibrio en sí mismo no explica nada, de allí la necesidad de individualizar cada una de sus causas para observar qué ocurre al interior de ellas. En ocasiones el equilibrio se rompe, pero ello no obliga a reaccionar, pues se requiere, para el caso puntual de la imprevisión, un parámetro adicional de carga excesiva, una situación extraordinaria, una excesiva onerosidad sobrevenida, esto es, no cualquier ruptura da origen al restablecimiento, por el contrario, en ocasiones se requiere de una ruptura caracterizada.

Estamos convencidos de que el equilibrio es la medida de la justa reacción de las partes antes los desbarajustes, pero no es la razón de ser en sí misma, no explica por qué las partes deben reaccionar en primer lugar. Se observa, en consecuencia, que no todos los reconocimientos patrimoniales que realiza la Administración en su actividad contractual se explican bajo la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, tal y como ocurre con un número importante de reacciones pecuniarias de la Administración que tampoco se explican bajo la construcción general de la responsabilidad extracontractual.

La identificación del origen del ruido perturbador, lejos de constituir motivo de desazón, es toda una fuente de esperanza, pues al caracterizar las especies foráneas que amenazan la conservación del bosque, hemos identificado precisamente la manera de acallar el elemento de turbación. Leído correctamente el equilibrio económico del contrato y caracterizados los distintos traslados patrimoniales que pueden tener lugar en el ciclo de contratación administrativo, se despeja el camino para avanzar en la construcción general de la responsabilidad de la Administración Pública, una institución que presta su concurso y se despliega, tanto en la actividad contractual de la Administración, como en tantas otras actividades en las que la Administración es la protagonista.

Una vez acallado el gran ruido que ha generado la hipertrofiada noción del equilibrio económico del contrato administrativo, una gran claridad ha entrado en el análisis, y lo hace para facilitar la lectura de un tratamiento unificado de la responsabilidad administrativa, una responsabilidad que explica toda la actuación de la Administración, con independencia de la manera en la que esta se vehicule.

Al final, a partir de la comprobación de unos mismos fundamentos y condiciones de existencia (que se constituyen en los elementos que permiten identificar la responsabilidad patrimonial), creemos que el desarrollo del presente trabajo es una base sólida para afirmar la existencia de una institución de la responsabilidad pública unificada. Una única institución jurídica que tiene lugar con independencia de la manera en la que la actividad administrativa se desarrolle, sea a través de un acto, un reglamento, un contrato administrativo. La institución de la responsabilidad patrimonial es una y las pretensiones de división resultan innecesarias por demás de perjudiciales.

Cuando lo que tiene lugar es la responsabilidad de la Administración en una particular actividad, en su actividad contractual, en lugar de recurrir a una nueva institución jurídica, a una atomización de la responsabilidad patrimonial, creemos encontrar en la teoría general, a partir de la comprobación de los fundamentos y las condiciones de existencia, el material suficiente para hacer de la pretensión de unidad, una realidad material. Lo que nos permite concluir que la llamada “responsabilidad contractual” de la Administración no es nada diferente a una expresión particular de la responsabilidad administrativa. Una responsabilidad que, de manera incidental, ocurre en la actividad contractual.

Las recientes y renovadas consideraciones provenientes del derecho privado sobre la responsabilidad por productos defectuosos, que ha llevado a que la jurisprudencia especializada observe aquí un campo donde las fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual se desdibujan de tal manera, “al punto de ser irrelevantes”¹¹⁴¹, o la llamada teoría de la unidad de culpa civil aplicable a supuestos donde existan “zonas mixtas”¹¹⁴², son tan solo un par de muestras adicionales del lento (y ya no tan imperceptible) tránsito de las aguas hacia la unidad de la responsabilidad civil.

¹¹⁴¹ CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 2009, exp. 25899319399219990062901.

¹¹⁴² STS (Sala 1.ª) de 22 de diciembre de 2008.

En una actualidad compleja, acusada por la ingente necesidad de simplificación, la responsabilidad civil, como una institución unificada y unificadora, es una realidad, al tiempo, posible, deseable y plenamente realizable.

Al referirnos a la pregunta que ha encabezado este trabajo y que precede ahora estas conclusiones, señalamos que, si la reina es una figura definitiva del ajedrez (como lo es para la institución de la responsabilidad patrimonial la *lesión atribuible* al actuar administrativo) difícilmente podremos sentarnos a disfrutar de una partida cuando ella no esté presente. Como una alegoría sobre las reflexiones aquí presentadas en torno a la necesidad de fundamentación e identificación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no podremos hacer nada diferente a terminar por confesar que una pieza tan fundamental para el ajedrez, como es la reina, impide que podamos seguir refiriéndonos al mismo juego cuando su presencia se ha desvanecido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCIARRI, Hugo, CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea, “Daños, instituciones e incentivos. Hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en: *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política*, 2001, pp. 1-21.
- ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2017.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho* (trad. Bernal Pulido, Carlos), Marcial Pons, Madrid, 2008.
- *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.
- ÁLVAREZ-CAPEROCHEPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Comares, Granada, 1993.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- “Imputación objetiva y causalidad jurídica versus criterios de imputación subjetiva”, en: *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2012, pp. 101-110.
- AMENÓS ÁLAMO, Joan y NIETO MORENO, Juan Emilio, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, octubre-diciembre de 2012, pp. 119-140
- AMSELEK, Paul, “La détermination des personnes publiques responsables d’après la jurisprudence administrative”, en: Amselek, Paul et al. (eds.), *Études de droit public*, Cujas, París, 1964, pp. 289-376.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- “El enigma del contrato administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril de 2007, pp. 79-102.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

- BACA ONETO, Víctor Sebastián, *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- BADAOUÏ, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1955.
- BARNES, David y STOUT, Lynn, *The economic analysis of tort law*, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1992.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2012.
- *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1996.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- *Fuerza mayor y responsabilidad administrativa extracontractual*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- BAYLE, Gabriel, *L'enrichissement sans cause en Droit Administratif*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 111, París, 1973.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BENAVIDES, José Luis, “Los riesgos contractuales”, en: Santofimio, Jaime Orlando y Benavides, José Luis (comps.), *Contratación Estatal: estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 De 2007*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 453 - 491.
- *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- BENÍTEZ CAORSI, Juan José, *La revisión del contrato*, 2ª. ed., Bogotá, Temis, 2010.
- BÉNOÏT, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, Librairie Dalloz, París, 1968.
- “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé, problèmes de causalité et d'imputabilité”, en: *J.C.P. (La semaine juridique)*, 1957.
- BERLIA, George, “Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français”, en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger*, 1951, pp. 685-704.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “¿Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva?”, en: Papayannis, Diego (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 81-99.

- BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- BINGHAM, Joseph W., “Some suggestions concerning legal cause at Common Law”, en: *Columbia Law Review*, V. 9, núm. 1, enero de 1909, pp. 16-37.
- BLOCH, Cyril, *La cessation de l’illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de las Administraciones Públicas por daños causados a terceros”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, p. 397-406.
- BRACONNIER, Stéphane, “Los poderes unilaterales de la Administración en los contratos públicos”, en: Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge Iván (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 401-422.
- BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, Molachino, Argentina, 1957.
- BRÉCHON-MOULÈNES, Christine, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 112, París, 1974.
- BRUN, André, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse, Lyon, 1930.
- BRUN, Philippe, “La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle”, en: *Revue de droit d’Assas*, núm. 7, febrero de 2013, pp. 60-65.
- BUCHER, Charles-Édouard, *L’inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, étude de droit comparé interne*, Dalloz, París, 2011.
- BUSTO LAGO, José Manuel y REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, pp. 141-166.
- CALABRESI, Guido, *The cost of accidents*, Yale University Press, New Hagen, 1970. Versión en español: *El costo de los accidentes*, Barcelona, Ariel, 1984.
- “Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts”, en: *The Yale Law Journal*, v. 70, marzo de 1961, pp. 499-553.

- CANO CAMPOS, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho (trad.)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 250, París, 1995.
- CASARES MARCOS, Anabelén, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos”, en: Quintana López, Tomás (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1487-1547.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, en: *La Ley*, Argentina, 2009.
- *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
 - “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del estado por la actividad de la administración”, en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_Estado_por_la_actividad_de_la_Administracion_.pdf
- CASTELLANOS GARCÍA, Daniela, *¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- CASTIÑEIRA JERÉZ, Jorge, “Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”, en: *InDret*, núm. 4, 2014, pp. 1-26.
- “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, en: *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, julio-diciembre de 2012, pp. 71-106.
- CHAMIE, José Félix, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: de la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 22, enero-junio de 2012, pp. 219 a 275.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif général*, t. I y II, 15ª ed., Montchrestien, París, 2001.

- *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 8, Paris, 1957.
- CHEVALLIER, Jacques, “L’obligation en droit public”, en: *Archives de philosophie du droit*, t. 44, 2000, pp. 179-194.
- COASE, Ronald, “The problem of social cost”, en: *Journal of Law and Economics*, v. 3, octubre de 1960, pp. 1-44.
- COLEMAN, Jules L., *Risks and wrongs*, Oxford University Press, 2002. Versión en español: *Riesgos y daños*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.
- “Tort law and the demands of corrective justice”, en: *Indiana Law Journal*, v. 67, 1992, pp. 349-379.
- COLOMA, Germán y PERNICE, Sergio, “Elementos para una teoría económica unificada de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en: *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política*, 2000, pp. 1-12.
- CORMIER, Christine, *Le préjudice en droit administrative français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 228. Paris, 2002.
- CORTÉS, Edgar, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 27ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, pp. 185-202.
- COTTERET, Jean-Marie, “Le régime de la responsabilité pour risques en droit administratif”, en: Amselek, Paul et al., *Études de droit public*, Éditions Cujas, Paris, 1964, pp. 377-407.
- CUADRARO PÉREZ, Carlos, “Nuevas perspectivas de la responsabilidad precontractual”, en: Pereña Vicente, Montserrat y Delgado Martín, Palmira (dirs.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Thomson-Reuteurs-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 371-393.
- DEBBASCH, Charles y PINET, Marcel, *Les grands textes administratifs*, Paris, Sirey, 1970.
- DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos*

- causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 3ª ed., Aranzadi –Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità Civile*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1966. Versión en español: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1966.
- DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la imprevisión en relación con el derecho civil chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Chile, 1933.
- DE LAUBADÈRE, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 10ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1957.
- “Les éléments d’originalité de la responsabilité contractuelle de l’administration”, en: *Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, París, 1956, pp. 383-394.
 - *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1956.
- DE LAUBADÈRE, André, MODERNE, Franck, DELVOLVE, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, t. I y II, 2ª ed., Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 1983.
- DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe, “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”, en: *Revista de Derecho Público*, núm. 17, Universidad de los Andes, Bogotá, 2004, pp. 123-148.
- DELAUNAY, Benoît, *La faute de l’administration*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 252, París, 2007.
- DEVOLVE, Pierre, *Le principe d’égalité devant les charges publiques*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 88, París, 1969.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed., Civitas- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007.
 - *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
 - *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1987.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. II, t. 2, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LA CÁMARA, Manuel, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- “La responsabilidad por culpa en procedimientos competitivos”, en: Raul Letelier Wartenberg, (coord.), *La falta del servicio*, Thomson Reuters, Chile, 2012, pp. 215-250.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Ni más ni menos: el principio de indemnidad y sus excepciones”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, octubre-diciembre de 2012, pp- 59-86.

- “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, en: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 1-60.
- “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en: Santamaría Pastor, Juan Alfonso, (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 663-701.
- “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿responsabilidad objetiva o por culpa?”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre de 2010, pp. 179-231.
- “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 110, abril-junio de 2001, pp. 275-299.

DONNA, Edgardo, *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1997.

DRAGO, Roland, “La notion d’obligation: droit public et droit privé”, en: *Archives de philosophie du droit*, t. 44, 2000, pp. 43-49.

DUEZ, Paul, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, 2ª ed., Dalloz, París, 1938.

D’ARGENT, Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Bruselas, 2002.

EISENMANN, Charles, “Sur le degré d’originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, en: *Écrits de droit administratif*, Dalloz, París, 2013, pp. 413-449. (Versión original publicada en 1949).

- *Cours de droit administratif*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983.

ENGEL, Eduardo et al., “Colaboración público-privada en infraestructuras: reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje”, en: *Fedea Policy Paper 2015/11* <http://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2015/11/FPP2015-11.pdf>

- ENGLARD, Izhak, *The philosophy of tort law*, Dartmouth, Aldershot, 1993.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999.
- *Responsabilidad contractual de la Administración pública*, Temis, Bogotá, 1989.
- ESCOLA, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, v. II, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1979.
- ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.
- “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 161, mayo-agosto de 2003, pp. 53-82.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, “Alteración grave que da lugar al desequilibrio económico del contrato. Diferencia entre hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión. Los tributos como forma de ruptura del equilibrio económico del contrato”, en: Ospina Garzón, Andrés (edit.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 171-179.
- “La conmutatividad y aleatoriedad del contrato de concesión en Derecho Administrativo”, en: *X jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 415-463.
 - “La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado”, en: *Memorias IV jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. La responsabilidad de la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 733-792.
 - *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- FABRA ZAMORA, Jorge, “Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate”, en: Fabra Zamora, Jorge y Spector, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, v. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 2533-2618.
- “Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en: Bernal Pulido, Carlos y Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 21-117.

- FAGGELLA, Gabrielle, “Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica”, en: *Studi giuridici in onore de Carlo Fadda*, t. III, 1906, pp. 271 y ss.
- FAIRGRIEVE, Duncan et al. (eds.), *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2002.
- FEINBERG, Joel, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, en: *Freedom and fulfillment*, Princeton University Press, New Jersey, 1992, pp. 3-36.
- FERNÁNDEZ CABANAS, Juan, *El resarcimiento de los daños causados por catástrofes naturales*, Comares, Granada, 2015.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, abril-junio de 2014, pp. 145-180.
- FERNÁNDEZ MEJÍA, Luisa, *La responsabilidad contractual del Estado*, Radar, Bogotá, 1987
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, “Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril de 2001, pp. 501-540.
- FLEMING, John G., *The law of torts*, 9ª ed., LBC, Sydney, 1998.
- FLETCHER, George, “Fairness and utility in tort theory”, en: *Harvard Law Review*, v. 85, 1972, p. 1-23.
- FONT I LLOVET, Tomás, “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en: Cosculluela Montaner, Luis (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1451-1470.
- “Hacia la ‘escala’ de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999)”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106, 2000, pp. 237-243.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* (trad.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- FRANCO ZÁRATE, Javier Andrés, “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción

civil en Colombia”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 23, julio-diciembre de 2012, pp. 245-277.

FRANK, Alexis, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, L'Harmattan, París, 2008.

FRIER, Pierre-Laurent y PETIT, Jacques, *Précis de droit administratif*, 6ª ed., Montchrestien, París, 2010.

FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado, desarrollo, fundamento y cuestiones abiertas*, Atelier, Barcelona, 2015.

GALÁN GALÁN, Alfredo y VILALTA REIXACH, Marc, “La actividad expropiatoria”, en: Cano Campos, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, t. III, v. II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 185-201.

GALLEGO ANABIARTE, Alfredo, “La influencia extranjera en el derecho administrativo español desde 1950 a hoy”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999, pp. 75-114.

- “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 34, 1961, pp. 11-52.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, Gimeno Feliu, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2015, las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167.

GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad contractual objetiva”, en: Bueres, Alberto y Kemelmajer de Carlucci, Aída (eds.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 112-120.

GAMERO CASADO, Eduardo y FÉRNANDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, “Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en: José Bermejo Vera (dir.), *Derecho Administrativo, parte especial*, 5ª ed., Civitas, 2001.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual”, en: Bernal Pulido, Carlos y Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 253-279.

- “¿Quién responde por la mala suerte de cada uno?”, en: Peña, Lorenzo et al., (eds.), *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 49-77.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 17ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Thomson-Civitas, España, 2006.

- *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1989.
- “La figura del contrato administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963, pp. 99-130.
- “Las luchas contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 159-181.
- “Riego y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pp. 83-108.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración*, Editorial Colmenares, Granada, 2004.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *La resolución del contrato administrativo de obra*, Montecorvo, Madrid, 1996.

GARDNER, Daniel y MOORE, Benoît, “La responsabilité contractuelle dans la tourmente”, en: *Les Cahiers de Droit*, v. 48, núm. 4, diciembre de 2007, pp. 543-578.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

- “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto de 1989, pp. 7-48.
- “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 81, septiembre-diciembre de 1976, pp. 7-33.
- “Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 7, 1952, pp. 11-50.

GIL BOTERO, Enrique, *La responsabilidad del poder público*, 4ª ed., European Research Center of Comparative Law, 2014.

- *La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Temis, Bogotá, 2014.
- *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 2013.
- “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.),

La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 471-511.

GILMORE, Grant, *The death of contract*, 2ª ed., The Ohio State University, Michigan, 1995, p. 101 (La primera edición es de 1974). Versión en español: *La muerte del contrato*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

GIMENO FELIÚ, José María, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, Gimeno Feliu, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2015, las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 31-138.

- “Las nuevas directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, julio – septiembre de 2013, pp. 39-105.
- “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, en: Gimeno Feliu, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-260.

GIMENO FELIU, José María et al., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamento, equilibrio y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2017.

GIRALDO LÓPEZ, Oswaldo, “El equilibrio, la responsabilidad y el riesgo en los contratos estatales”, en: *Revista de Derecho Público*, núm. 24, Universidad de los Andes, Bogotá, marzo de 2010, pp. 1-46.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.

- “La inactividad de la Administración”, en: Cano Campos, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, t. III, v. II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 235-263.

GÓMEZ RODADO, Dionisio, “La responsabilidad en la actividad contractual del Estado”, en: *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, año XIV, núm. 50, septiembre de 1983, pp. 147-167.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 8ª ed., Thomson Civitas, 2016.

- *El principio de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *La contratación administrativa en Colombia*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990.

GOUHIER, Sébastien, *Essai d'une théorie général de la responsabilité en droit administratif*, tesis, París, 2002.

- GRARE, Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, París, 2005.
- GROSSER, Paul, *Les remèdes à l'inexécution du contrat: essai de classification*, th., París, 2000.
- "Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle", en: *Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, Bélgica, 2011, pp. 369-384.
- GUERRERO, Myriam, "Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato", en: *Estudios de profundización en contratación estatal*, Pontificia Universidad Javeriana y Cámara de Comercio, Bogotá, 1997.
- GÜITRÓN GUENTEVILLA, Julián, "¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil?", en: Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pp. 99-114.
- HART, H. L. A., *The concept of law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994. Versión en español: *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M., *Causation in the law*, Oxford University Press, 1959.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administrative et de droit public*, 12ª ed., Dalloz, París, 1933, reimp., 2002.
- "L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales", en: *Cahiers de nouvelle journée*, núm. 23, París, 1933. Versión en español: "La teoría del 'riesgo imprevisible' y los contratos influidos por instituciones sociales", en: *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1926, pp. 1-16.
- HENAO, Juan Carlos, "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366.
- "La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés", en: *Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos, Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 59-114.
 - *El daño. Análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
 - "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", en: *Jornadas colombo-venezolanas de derecho público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 729-803.

- *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial, 1864-1990*, v. I y II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.
- HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia, “Contratación y enriquecimiento sin justa causa”, en: Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge Iván (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 423-466.
- “La responsabilidad contractual del Estado ¿Una responsabilidad sin imputación?”, en: *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 171-191.
- HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena. “Sobre la necesidad de abordar una regulación integral de la contratación pública en España”, en: *Observatorio de contratación pública*, 2014.
- HERRADOR GUARDIA, Mariano (dir.), *Daño, responsabilidad y seguro*, Lefebvre, Madrid, 2016.
- HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, t. I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- “La terminación unilateral del contrato”, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pp. 429-461
 - “El principio del *pacta sunt servanda* y la estipulación de intereses”, en: *Revista Contexto*, núm. 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 32-38.
- HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- HUERGO LORA, Alejandro, “La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el derecho español”, en: Sosa Wagner, Ricardo (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del S. XXI*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. XX.
- *Los contratos sobre los actos y potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998.
- HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- “An abstract of a book lately published entitled “a treatise of human nature”, Londres, 1740.
- HUSSON, Léon, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 1947.

HUTCHINSON, Tomas, “Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado”, en: Cassagne, Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique (coords.), *La contratación pública*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

- “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, en: *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 2000.

IBAGÓN IBAGÓN, Mónica, “Enriquecimiento sin causa. Acción de ‘in rem verso’”, en: Ospina Garzón, Andrés (edit.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 201-210.

INFANTINO, Marta, “¿Hacia un derecho europeo de la responsabilidad civil? Los proyectos, los métodos, las perspectivas”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 26, 2014, pp. 407-447.

JACQUEMET-GAUCHÉ, Anne, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne: étude de droit comparé*, Lextenso éditions, París, 2013.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

JARAMILLO SIERRA, Camila, y ROBLES BACCA, Paula, “La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 26, enero-junio de 2014, 499-527.

JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Marcel Giard, París, 1934. Versión en español: *Principios Generales del Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950.

- *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Marcel Giard, París, 1934.

JHERING, Rudolf von, “‘Culpa in contrahendo’ oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, en: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, 1861, pp. 1-113. Versión en francés: “De la culpa ‘in contrahendo’ ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites”, en: *Oeuvres choisies*, t. II, París, pp. 1-100.

JORDANO FRAGA, Francisco, *Responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

JORDANO FRAGA, Jesús, *La reparación de los daños catastróficos: catástrofes naturales, administración y derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, España, 2000.

- “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva

de las Administraciones públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 149, mayo-agosto de 1999, pp. 321-336.

JUEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 568, París, 2016.

KALMANOTIVZ, Pablo, “Justicia correctiva vs. justicia social en casos de conflicto armado”, en: *Estudios Socio-Jurídicos*, vol.12, Bogotá, julio-diciembre de 2010, pp. 58-95.

KIS VISCUSI, W., “The blockbuster punitive damages awards”, en: *Harvard Law Review*, núm. 473, 2004, pp. 1-52.

KOTEICH, Milagros, “*Wrongful adoption: ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia?*”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 28, enero-junio de 2015, pp. 437-453.

KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, *Hacia un sistema unitario de responsabilidad y deberes de responder*, (tesis doctoral), Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011.

KUO, Yu, *Quelques aspects nouveaux de la responsabilité sans faute de la puissance publique*, Domat-Montchrestien, París, 1940.

LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, 2ª ed., Berger-Levrault, París, 1896.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro, *Contratos estatales*, Temis, Bogotá, 2007.

LANNI, Sabrina, “La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 25, julio-diciembre de 2014, pp. 219-234.

LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, t. I., (trad. Santos Briz, Jaime,), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LARROUMET, Christian, *Droit Civil, t. III Les obligations-le contrat*, 2ª ed., Economica, 1990.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de obligaciones*, 21ª ed, Marcial Pons, 2017.

LECUYER, Hervé, *El contrato: acto de previsión* (trad. Morales Huertas, Margarita), en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 18, 2010, pp. 37-56.

LEGUINA VILLA, Jesús, “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, octubre-diciembre de 2007, pp. 669-681.

- “La extinción de los contratos”, en: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (coord.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004.
- *La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.
- “El fundamento de la responsabilidad de la Administración”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, octubre-diciembre de 1979, pp. 523-536.
- *Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, Universidad Complutense de Madrid, 1978.

LELEU, Thibaut, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 280, París, 2014.

LE TOURNEAU, Philippe, “De la falsedad del concepto de ‘responsabilidad contractual’”, en: González de Cancino, Emilssen et al., *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 673-709.

- *La Responsabilité civile*, 3ª ed., Dalloz, París, 1982.

LE TOURNEAU, Philippe et al., *Droit de la responsabilité et de contrats*, 9ª ed., Dalloz, París, 2012.

LOCHAK, Danièle, “Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation”, en: Lochak, Danièle et al., *Le droit administrative en mutation*, Presses Universitaires de France, París, 1993, pp. 275-316.

LONG, Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20º ed., Dalloz, París, 2015.

LÓPEZ BENITEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2004.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad Administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, en: *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, 1999, pp. 11-44.

MALARET, Elisenda, “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 145, enero-abril de 1998, pp. 49-87.

MARCUS, Laure, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, París, 2010.

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974.

MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, “La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos de daños a las personas causados por bandas o grupos armados”, *Anuario de Derecho Civil*, v. 33, núm. 4, 1980.

MARTÍN REBOLLO, Luis, “Fundamento y función de la responsabilidad patrimonial del Estado: situación actual y perspectivas en el derecho español”, en: *Estudios de derecho administrativo*, núm. 4, 2011, pp. 3-40.

- “La modificación de los contratos: régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia”, en: *Revista española de la función consultiva*, núm. 12, 2009, pp. 41-106.
- “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en: Gómez-Ferrer Morant, Rafael, *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 575-659.
- “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999, pp. 317-371.
- “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y flexión crítica”, en: *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 11-104.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo: parte general* (trad. Allgemeines Verwaltungsrecht), 17ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2011.

MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2ª ed., t. IV, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

MAZEAUD, Henri et al., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6ª ed, París, 1970. Versión en español: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (traducción de la 5ª ed.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, en: Cano Campos, Tomas (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. IV, Iustel, Madrid, 2009, pp. 31-67.

- “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, en: *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, 2009, pp. 31-74.

- *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 483-509.

- “El Derecho administrativo español en el actual espacio jurídico europeo”, en: Von Bogdandy, Armin y Mir Puigpelat, Oriol (coords.), *Ius Publicum Europaeum II. El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 195-290.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 2ª ed., Edisofer, Buenos Aires, 2012.
- “El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre de 2003, pp. 47-87.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2002.
- “La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario”, en: *Justicia Administrativa*, núm. 8, de julio de 2000, pp. 25-44.
- “La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas operada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, núm., 4, 1999, pp. 49-90.

MIR PUIGPELAT, Oriol et al., *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, París, 1995.

MOLINA BETANCUR, Carlos, “Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente”, en: *Opinión Jurídica*, vol. 4, núm. 7, Universidad de Medellín, 2005, pp. 43-66.

MOLINA MORALES, Ranfer, “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 17, 2009, pp. 77-105.

MONSERRAT VALERO, Antonio, *Responsabilidad civil por vicios en la construcción*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

MONTAÑA PLATA, Alberto, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

- *El concepto del servicio público en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- MONTI, Laura, “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 361, Argentina, 2001.
- MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford Scholarship, 2009. Versión en español: *Causalidad y responsabilidad, un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- MOOSET ITURRASPE, Jorge, “De la imputación subjetiva a la objetiva en la responsabilidad por incumplimiento contractual”, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *Responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pp. 115-126.
- *Responsabilidad por daños*, Ediar, Argentina, 1971.
- MOOSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, *Responsabilidad contractual*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- MOREAU, Jacques, “El papel de la jurisdicción administrativa francesa en la creación (construcción) del Derecho de la responsabilidad administrativa”, en: Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (eds.), *100 años de la Jurisdicción Contencioso Administrativa – justificación, restos y aporte al Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 225-242.
- *La responsabilité administrative*, 3º ed., Presses Universitaires de France, París, 1986.
 - *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 7, París, 1957.
- MORENO MOLINA, José Antonio et al., “Contratación Pública”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo, crónicas de jurisprudencia*, núm. 164, mayo de 2014, pp. 105-134.
- MUGA MUÑOZ, José Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el contagio del sida”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril de 1995, pp. 277-308.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2011.
- *La Responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas: y otros estudios sobre responsabilidad*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, “Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés

(coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 181-233.

- “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 513-588.

NAVIA ARROYO, Felipe, “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, núm. 14, 2008, pp. 35-67.

NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*, Atelier, Barcelona, 2012.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2012,

- “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina y jurisprudencia”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 51, 1986, pp. 427-433.
- “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 4, 1975, pp. 90-95.
- “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 67-124.

NUÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, Reus, Madrid, 1934.

ORLANDO, Vittorio Emanuele, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, Archivio di Dirritto Pubblico III, 1893.

ORTIZ BLASCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Buen Gobierno, Madrid, 2009.

OSPINA, Andrés, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

OSORIO MORENO, Néstor, “Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?”, en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, núm. 10, 2013, pp. 95-108.

OUM OUM, Joseph Frank, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 270, Paris, 2014.

OWEN, David (ed.), *Philosophical foundations of tort law*, Clarendon Press, Nueva York, 1995.

PAILLET, Michel, “Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle – Sur la ‘tyrannie’ du principe de primauté de la responsabilité contractuelle”, en: *Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Guibal*, t. I, Université de Montpellier, 2006.

- *La faute du service public en droit administratif français*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 136, Paris, 1980.

PALMER, Geoffrey, “New Zealand’s accident compensation scheme: twenty years on”, en: *University of Toronto Law Journal*, 1994, pp. 223-273.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en: Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 437-465.

- “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en: *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 239-253.
- “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en: Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 1561-1591.

PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

- “Derechos y deberes de indemnidad”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 383-417.
- “Veinte años de riesgos y daños. Una propuesta arriesgada y poco dañosa”, en: Papayannis, Diego (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 13-38.
- *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, (tesis doctoral), Universidad Pompeu Fabra, 2010.

PAPAYANNIS, Diego, (coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2014.

PAREJA, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico*, Andes, Bogotá, 1940.

- *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Editorial El Escolar, Bogotá, 1939.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España*, INAP-Global, Law Press, Sevilla, 2012.

- *El concepto del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Derecho de daños*, t. II, 2ª ed., Bosch, 1995.

PATIÑO DOMÍNGUEZ, Héctor, “El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 165-180.

- “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 20, enero-junio de 2011, pp. 371-398.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

PÉQUIGNOT, Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, París, 1945.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 15ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2016.

PERRINO, Pablo Esteban, “La responsabilidad contractual del Estado”, en: *La Ley*, 2012.

PERRY, Stephen, “The impossibility of general strict liability”, en: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v.1, núm. 2, julio de 1988, pp. 147-171.

PEZ, Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 274. París, 2013.

PHILLIP, Dominique, “De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques”, en: *Revue du Droit Public*, marzo-abril de 1999, pp. 593-631.

PIMIENTO, Julián, “Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en: *Revista de Derecho Público*, núm. 36, Universidad de los Andes, enero-junio de 2016, pp. 3-43.

PONTIER, Jean-Marie, “Sida, de la responsabilité à la garantie sociale”, en: *Revue française de droit administratif*, mayo-junio de 1992, pp. 533-545.

- POPESCU, Corneliu-Mihail, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1937.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 8ª ed., Aspen, Nueva York, 2010. Versión en español: *Análisis Económico del Derecho*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “Responsabilidad patrimonial de la administración derivada de su actividad precontractual y *ex contractu*”, en: Quintana López, Tomás, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1421-1485.
- QUINTERO NAVAS, Gustavo, “Responsabilidad extracontractual del Estado por incumplimiento contractual”, en: *Urbe et ius*, núm. XII, pp. 52-61.
- RAVENTÓS SOLER, Alberto et al., “Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014”, en: *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3 de 2015, pp. 115-134.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín, “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transposición en España”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 196, enero-abril de 2015, pp. 97-135.
- REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en: Reglero Campos, L. Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006.
- REMY, Philippe, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, en: *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 2, abril-junio de 1997, pp. 323-355.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2014.
- “La modificación unilateral del contrato”, en: González de Cancino, Emilssen et al., *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 357-394.
- RENET, Thierry, “La revisión del contrato”, en: *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Jornadas colombianas Asociación Henry Capitant, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 125-145.
- REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994.
- RICHER, Laurent, *Droit de contrats administratifs*, 7ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2010.

- *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Economica, París, 1978.
- RICO PUERTA, Luis Alonso, “Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución jurisprudencial”, en: *Revista Opinión Jurídica*, vol. 6, núm. 11, enero-junio de 2007, Medellín, pp. 117-128.
- RIVERA, Julio Cesar, “La teoría de la imprevisión. Estudio comparativo entre legislaciones latinoamericanas”, en: *Revista crítica de Derecho Privado*, núm. 6 de 2009, pp. 335-371.
- RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 13ª ed., Précis Dalloz, París, 1990.
- RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit Administrative*, 20ª ed., Dalloz, París, 2004.
- RIVERO YSERN, Enrique, “Procedimiento y contrato administrativo. Reflexiones sobre los contratos verbales de ejecución de obras y el enriquecimiento injusto”, en: Cosculluela Montaner, Luis (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 575-584.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La teoría de la imputación objetiva: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro. Estudio introductorio*, en: Frisch, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado, desarrollo, fundamento y cuestiones abiertas*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 17-40.
- ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2016.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 795-812.
- RODRIGUEZ R., Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2012.
- *Derecho Administrativo, general y colombiano*, 19ª ed., Temis, Bogotá, 2015.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 117, septiembre-diciembre de 2008, pp. 157-194.
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco, “El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 26, enero-junio de 2014, pp. 449-497.

- ROUJOU DE BOUBÉE, Marie-Ève, *Essai sur la notion de réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 135, París, 1974.
- ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “La responsabilidad de la Administración Pública”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 19, enero-abril de 1956, pp. 11-58.
- SABIANI, François, prefacio a OUM OUM, Joseph Frank, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 270, París, 2014.
- SALGADO RAMÍREZ, Catalina, “Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering”, en: *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 721-758.
- “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf Von Jhering. aproximación doctrinal”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 22, enero-junio de 2012, pp. 277-298.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, en: *Indret*, febrero de 2005, pp. 1-22.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova-Universidad de Alcalá, España, 2011.
- SANCINETTI, Marcelo, “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en: Cancio Meliá, Manuel et al., *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor, “Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 21, julio-diciembre de 2011, pp. 233-253.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- *Principios de Derecho Administrativo general*, t. II, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016.
 - “La constante e interminable reforma normativa sobre contratación pública”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, pp. 25-36.

- SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- SANTOS, Jorge Enrique, “Equilibrio económico del contrato estatal. Fundamento. Teoría de la imprevisión. Metodología del restablecimiento”, en: Ospina Garzón, Andrés (edit.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 163-170.
- SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo, “La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación”, en: *Revista de Derecho del Estado*, núm. 37, julio-diciembre de 2016, pp. 189-211.
- SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “La teoría objetiva de la responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 7, enero-junio de 2001, pp. 35-50.
- SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, 3ª ed., Dalloz, París, 1964.
- *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª ed., Librairie de Droit et de Jurisprudence, París, 1951.
- SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1986.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SCHUCK, Peter, “Tort reform, Kiwi-Style”, en: *Yale Law and Policy Review*, 2009, pp. 187-204.
- SHIFFRIN, Seana, “Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm”, en: *Legal Theory*, núm. 5, Cambridge University Press, 1999, pp. 117-148.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo, bases fundamentales*, t. II, Editorial jurídica de Chile, 1996.
- SOULIER, Gérard, “Réflexion sur l’évolution et l’avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique”, en: *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et l’Étranger*, 1969, pp. 1039-1103.
- SOUSSE, Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 174, París, 1994.

STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, (Thèse) Paris, 1947.

- *Droit Civil, obligations*, Librairies Techniques, Paris, 1972.

STREET, H., *Governmental liability: a comparative study*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., 5ª reimpresión, Legis, Colombia, 2010.

- *La responsabilidad del Estado*, Temis, Bogotá, 2000.

TENA YBARRA, José Ignacio, “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la administración”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 6, septiembre-diciembre de 1951, pp. 177-192.

TERNEYRE, Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en Droit Administratif*, Economica, Paris, 1989.

TORNOS MAS, Joaquín, “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas”, en: *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59 de 2006, pp. 45-51.

- “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, enero-abril de 1985, pp. 71-122.

TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública: estudio del artículo 99 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado mediante Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio*, Atelier, Barcelona, 2006.

TRONCOSO, María Isabel, “El principio de precaución y la responsabilidad civil”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 18, 2010, pp. 205-220.

TRUCHET, Didier, “La evolución reciente de la responsabilidad administrativa en el derecho francés”, en: Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 317-332.

- *Droit Administratif*, 6ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2015.

- “Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer”, en: *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 29, enero-marzo de 1993, pp. 1-13.

- *Les Fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977.

- TRYBUS, Martin, “El derecho de la Unión Europea y la contratación pública”, en: Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge Iván (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 743-781.
- TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Economica, París, 1989.
- UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paul, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y transformación democrática”, en: DÍAZ CATALINA, et. al. (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), Bogotá, 2009, pp. 31-70.
- VALÉS DUQUE, Pablo, “La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, en: *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 713-748.
- VÁZQUEZ LACUNZA, Estela, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *La modificación de los contratos públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2015.
- “La modificación de los contratos públicos: un obstáculo para la transparencia y la eficiencia”, en: *Revista de estudios locales*, núm. 161, 2013, pp. 551- 575
 - “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, en: *Revista Española de Administración Pública*, núm. 143, 2009, pp. 529-564.
- VEDEL, George, *Droit Administratif*, Presses universitaires de France, París, 1961. Versión en español: *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar, Madrid, 1980.
- VEDEL, George y DELVOLLÉ, Pierre, *Droit Administratif*, 12ª ed., Press Universitaires de France, 1992.
- VENEZIA, Jean-Claude, “Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l’administration”, en: Amssek, Paul, *La pensée de Charles Eisenmann*, Económica, París, 1986.
- VERANO HENAO, Sandra, *La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública*, (tesis doctoral), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, “La “*summa divisio iuris*” público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles”, en: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 26, enero-junio de 2014, pp. 43-69.

- VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, Bruselas, 2005.
- VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos, *Derecho Administrativo*, 14ª ed., Legis, Bogotá, 2016.
- VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, “El principio de riesgo y ventura”, en: Gómez-Ferrer Morant, Rafael, *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 525-559.
- VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 3ª ed., París, 2008.
- “La responsabilité contractuelle en question”, en: Alpa, Guido, et al., *Le contrat au début du XXIe siècle*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 2001, pp. 921-947.
 - *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Bibliothèque de Droit Privé, t. 53, París, 1965.
- VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice y CARVAL Suzanne, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4ª ed., Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 2013.
- VISINTINI, Giovanna, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni Scientifiche, Italia, 2009. Versión en español: *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- VON BOGDANDY, Armin, “Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa”, en: Von Bogdnay, Armin et al., *El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 143-180.
- WACHSMANN, Patrick, “La définition par Charles Eisenmann de la notion de responsabilité des personnes publiques”, en: *Revue de droit public*, núm. 2, marzo-abril de 2016, pp. 449-465.
- WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, 9ª ed., Sirey, París, 1963.
- *Traité élémentaire de Droit Administrative*, 5ª ed., Sirey, París, 1950.
- WEINRIB, Ernest, *The idea of private law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- “Understanding tort law”, en: *Valparaiso University Law Review*, v. 23, 1989, pp. 485-523.
- YLARRI, Juan Santiago, “La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por actividad lícita”, en: *Derecho del Estado*, núm. 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016, pp. 331-359.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2015.

ZIPURSKY, Benjamín, “La filosofía de la responsabilidad extracontractual: entre lo esotérico y lo banal”, en: Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 219-252.