

Declaratoria de caducidad del contrato de concesión y responsabilidad del Estado: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898

HUGO ARENAS MENDOZA¹

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto explicar, a partir de un método histórico-jurídico e inductivo, la importancia de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898, en la que se condena al Estado por el decreto que da por caducado un contrato de concesión de obra pública que termina siendo adjudicado a un tercero. Esta decisión enseña el grave vacío en la historia, así como la existencia de figuras contractuales que se han mantenido por más de

1 Abogado, sociólogo y maestro en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Doctor en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Università degli Studi di Trento, Trento, Italia. Profesor y coordinador del Área de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Correo-e: hugo.arenas@urosario.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2832-5224> Fecha de recepción: 31 de enero de 2020. Fecha de modificación: 20 de febrero de 2020. Fecha de aceptación: 27 de abril de 2020. Para citar el artículo: ARENAS MENDOZA, HUGO ANDRÉS, "Declaratoria de caducidad del contrato de concesión y responsabilidad del Estado: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2020, pp. 213-238. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.09>.

120 años. A través del análisis del contrato de concesión y la declaración de caducidad estatal, se pretende aportar a la comprensión y armonización del sistema actual de contratación pública.

Palabras clave: contrato de concesión, declaratoria de caducidad, jurisprudencia, Corte Suprema, Estados Unidos de Colombia, método histórico-jurídico.

Termination for Default of the Concession Contract and State's Liability: On the Colombian Supreme Court of Justice's Decision of October 20, 1898

ABSTRACT

This paper aims to explain, through an inductive legal historical method, the importance of the Supreme Court's ruling of October 20, 1898. In this decision, the Colombian State was found liable for ordering the termination by default of a concession agreement of public work and its adjudication to a different bidder. The judgement of the Supreme Court shows a serious historical gap, as well as the existence of contractual forms and practices that have endured for more than one hundred and twenty years. By examining the concession agreement and the unilateral termination by default institutions, the research seeks to add to the understanding of the Colombian current system of public procurement.

Keywords: Concession Agreement, Termination for Default, Supreme Court Jurisprudence, United States of Colombia, Legal-Historical Method.

INTRODUCCIÓN

La historia de la contratación pública colombiana ha sido un tema especialmente descuidado por parte de los juristas², como lo demuestra la inexistencia

- 2 Existen algunos estudios sobre temas puntuales de derecho administrativo como: a) en constitucional, CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009; b) organización territorial, JAIME VIDAL PERDOMO, *El federalismo*, Bogotá: Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999; c) estructura de la Administración, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo. Introducción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001; d) codificación, FERNANDO HUMBERTO MAYORGA GARCÍA, "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y el proceso de codificación en Colombia", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, n.º 14, 1991; e) control de la Administración, MIGUEL MALAGÓN PINZÓN, *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2012; y f) responsabilidad extracontractual

de algún estudio profundo sobre el tema, por lo que se presenta un grave desconocimiento de las instituciones contractuales, por ejemplo, en cuanto a sus orígenes, sus fundamentos teóricos o su evolución. Esto se materializa en fuertes vacíos de información que no permiten entender el modelo contractual desde una perspectiva histórica rigurosa y ha contribuido a que en la actualidad se tenga un régimen de contratación profundamente disperso, complejo y con graves discrepancias sobre su conveniencia. Esta tendencia en la actualidad se mantiene en los principales textos de contratos como los de Benavides³, Matallana Camacho⁴, Palacio Hincapié⁵, Guecha Medina⁶, Dávila Vinuesa⁷ y Duque Botero⁸. Así, la doctrina colombiana no ha abordado el tema histórico y, en general, en los pocos casos que lo hace, a veces se remonta a antecedentes puntuales del siglo XX y, en otros textos, la explicación tan solo tomando como punto inicial el Decreto 222 de 1983. Del mismo modo, los grandes autores de derecho administrativo, al abordar el tema, tampoco hacen un análisis riguroso sobre la historia de la contratación pública en Colombia, por ejemplo, Vidal Perdomo⁹, Diego Younes¹⁰, Rodríguez Rodríguez¹¹, Santofimio Gamboa¹² y Arenas Mendoza¹³. A partir de esto, resulta necesario explorar la historia de la responsabilidad contractual colombiana, iniciando por constatar la existencia de responsabilidad en los diarios oficiales de la época, de esta forma encontrar sentencias que sirvan de prueba de la longevidad de los contratos estatales en nuestro país.

El presente trabajo de investigación emplea un método histórico-jurídico inductivo con el propósito de explicar una sentencia de la Corte Suprema

del Estado, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*, 3 tomos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

- 3 JOSÉ LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- 4 ERNESTO MATA LLANA CAMACHO, *Manual de contratación de la Administración pública*, 4.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- 5 JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, *La contratación de las entidades estatales*, 7.ª ed., Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2014.
- 6 CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA, *Contratos administrativo*, 3.ª ed., Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2015.
- 7 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.ª ed., Bogotá: Editorial Legis, 2016.
- 8 JUAN DAVID DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*, Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- 9 JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, 13.ª ed., Bogotá: Editorial Legis, 2009.
- 10 DIEGO YOUNES MORENO, *Curso de derecho administrativo*, 10.ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 2016.
- 11 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo. General y colombiano*, 19.ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 2016.
- 12 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- 13 HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA, *Derecho administrativo*, Bogotá: Editorial Legis, 2020.

de Justicia de las postrimerías del siglo XIX. Se pretende hacer un aporte a los desarrollos históricos del contrato estatal e invitar a futuras investigaciones sobre la materia, en la medida en que se observa un grave vacío de información en materia contractual en Colombia. Asimismo, se busca demostrar que en el siglo XIX existieron figuras contractuales que se mantienen en nuestro régimen vigente, tales como la contratación administrativa, algunos requisitos de los contratos, la concesión, las formas de su terminación, las cláusulas exorbitantes, la declaración de caducidad, la posibilidad de dirigirse por acción civil contra los funcionarios y las precedentes indemnizaciones en casos de incumplimientos o extralimitaciones en las potestades públicas de la rama ejecutiva. Con base en estas premisas, se evidencia también la necesidad de estudiar las variaciones que han tenido los modelos de contratos públicos en Colombia, con el fin de contribuir a la formación de un sistema armónico de contratación estatal. Para esto, se requiere lograr tanto una aproximación estricta a su base teórica como conocer las principales decisiones que se han tomado, en más de ciento veinte años de historia.

Siguiendo a Juan Carlos Henao, la responsabilidad extracontractual en Colombia tiene sus primeros desarrollos en el siglo XIX, donde a pesar de no existir una cláusula general, sí se presentaron interesantes avances sobre responsabilidad en normas jurídicas que establecieran obligaciones a cargo del Estado¹⁴. En el mismo sentido, como lo destaca Ramiro Saavedra:

Es desde esta perspectiva que deben examinarse los reconocimientos hechos por los tribunales a lo largo del siglo XIX. No como un antecedente del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, sino como una expresión de los principios del individualismo liberal, para el que el derecho de propiedad tenía fundamental, tal como se expresó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y quedó incorporado en el artículo 15 de la Constitución de Rionegro¹⁵.

En este orden de ideas, la historia de la responsabilidad estatal en Colombia surge a partir del pensamiento liberal, plasmado en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, donde se introducen los dos pilares

14 "Se observa entonces que en el siglo XIX la responsabilidad del Estado se encontraba circunscrita a las normas jurídicas que reconocieran expresamente la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, y que finalmente los jueces lo único que hacían era aplicarlas a las formas y los requisitos estipulados en ellas, para otorgar indemnización a cargo del Tesoro Nacional, no existía un principio general que supusiera el deber resarcitorio de parte del Estado cuando los daños le fueran claramente imputables". JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", en *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 738.

15 RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, *De la responsabilidad patrimonial del Estado*, Bogotá: Ibáñez, 2017, p. 148.

fundamentales de esta ideología: la forma de Estado Federal y el reconocimiento de los derechos individuales. De esta forma, coexisten la Constitución de Rionegro, las constituciones estatales, los códigos civiles nacionales con las normas propias de otros estados donde se reconocen los derechos individuales y, sobre todo, para el tema que nos ocupa, una muy amplia protección del derecho de propiedad.

De este modo, se debe precisar que la Constitución de 1863 es la norma fundamental que fortalece los derechos individuales, abordando el tema en el "Capítulo 2. Bases de la Unión", exactamente en la "Sección segunda. Garantía de los derechos individuales", en el artículo 15, conformado por 16 numerales y reconociendo el derecho de propiedad en su numeral 5.

Los lineamientos en materia del derecho de propiedad se mantendrán en la Constitución de la República de Colombia 1886 y también se desarrollarán ampliamente en el Código Civil de 1887 (que pone en vigencia a nivel nacional el Código de la Unión de 1873), que entrará a regir la contratación colombiana, incluyendo la aplicable a los contratos de derecho público.

Con el fin de enriquecer el debate sobre la necesidad de realizar una reconstrucción histórica de la responsabilidad contractual estatal, se retoma la decisión del 20 de octubre de 1898 de la Corte Suprema de Justicia, que es una sentencia hito o, al menos, un eslabón importante para conocer esta interesante materia. No obstante, se debe advertir que esta providencia ha sido citada por Ricardo Hoyos¹⁶, Juan Carlos Henao¹⁷, Jairo López Morales¹⁸, Gustavo Quintero¹⁹ y Hugo Arenas²⁰, quienes la reconocen como un antecedente en materia de responsabilidad extracontractual estatal en Colombia; sin embargo, el contenido no ha sido explicado desde la responsabilidad contractual del Estado, por lo que constituye un enfoque novedoso que invita a futuros estudios doctrinarios y, por qué no, judiciales.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia en la que condena al Estado colombiano surge como respuesta a unos hechos atípicos como resultado de la declaración de guerra, que permiten la expedición de un decreto que da por terminado, por medio de la declaración de caducidad, un contrato de concesión de obra pública y, posteriormente, es adjudicado a otros particulares. Para conocer el contexto en que se produce esta providencia es necesario hacer una

16 RICARDO HOYOS DUQUE, *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Bogotá: Editorial Temis, 1984, p. 74.

17 JUAN CARLO HENAO PÉREZ, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia...*, t. 1, vol. 1, óp. cit., p. 211.

18 JAIRO LÓPEZ MORALES, *Responsabilidad patrimonial del Estado. Evolución de la Jurisprudencia colombiana*, t. 1, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley., 2000, p. 99

19 GUSTAVO ARNULFO QUINTERO NAVAS, "Conflicto armado y responsabilidad del Estado", *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n.º 10, 1999, p. 172.

20 HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA, *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Bogotá: Editorial Legis, 2014, pp. 43-45.

breve referencia tanto a las condiciones históricas como jurídicas que la originaron; es decir, hacer una presentación sobre la normatividad aplicada, las características del juez que profirió la sentencia y una breve referencia a las guerras civiles que ocurrieron en ese tiempo. Con base en lo antedicho, el presente artículo se subdivide en: el pensamiento liberal y el derecho de propiedad como fundamento jurídico de las primeras decisiones en materia de responsabilidad contractual del Estado en Colombia (1) y la sentencia hito de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898: responsabilidad estatal contractual por declaratoria de caducidad (2).

1. EL PENSAMIENTO LIBERAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO FUNDAMENTO DE LAS PRIMERAS DECISIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

Este apartado, que realiza una presentación tanto histórica como jurídica, permite entender el proceso de configuración de la responsabilidad estatal contractual y la manera en que se materializó en la sentencia del Corte Suprema de Justicia de Colombia del 20 de octubre de 1898. Para esto, es necesario recordar que las ideas liberales permitieron la defensa de los derechos individuales, incluyendo el de propiedad, que es fundamental para la creación de la responsabilidad estatal tanto contractual como extracontractual. Así, se puede observar cómo la ideología liberal plasmada en las constituciones, principalmente la de 1863, va a servir de fundamento para el reconocimiento de responsabilidad estatal y la expedición de diversos códigos nacionales y estatales que permitirán la protección efectiva del derecho de propiedad de las personas.

Estos lineamientos se mantendrán en la Constitución Política de la República de Colombia, que se construye teniendo como uno de sus pilares fundamentales el derecho de propiedad, como lo demuestra el gran número de artículos que hacen referencia al tema. Así mismo, se debe observar que el proceso de codificación en Colombia, que se intensifica en tiempos de las constituciones federales, tendrá aportes que continuarán vigentes después de la Constitución de 1886. Por ejemplo, el Código Civil de la Unión de 1873 será el elegido como Código Civil del territorio nacional a partir de 1887 y es el vigente en la actualidad en Colombia. Con base en lo anterior, corresponde hacer referencia a los siguientes puntos: el pensamiento liberal y el derecho de propiedad en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 (1.1); el derecho de propiedad en la Constitución política de 1886 (1.2) y el proceso de codificación que desemboca en el Código Civil colombiano de 1887 (1.3).

1. 1. EL PENSAMIENTO LIBERAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA DE 1863

En Colombia existió un periodo conocido como el de la hegemonía liberal²¹, que se desarrolló de 1849 a 1885, es decir, desde la introducción del pensamiento liberal y la constitución del dicho partido político, hasta la expedición de la Constitución Política de la República de 1886. Durante este lapso se pronunciaron tres normas fundamentales de corte liberal que fueron las de 1853, 1858 y 1863. El pensamiento liberal se desarrolla con base en dos premisas fundamentales, que son la forma de Estado federal y la garantía de los derechos individuales, los cuales logran su máxima expresión en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863^[22].

Durante la vigencia de la Constitución de 1853^[23], el federalismo en Colombia comenzó a materializarse claramente a partir de 1855, con la declaración de independencia del Estado Soberano de Panamá, y en consecuencia, los demás estados soberanos reproducen este modelo con la finalidad de lograr un mayor grado de autonomía, con lo que comenzó a desaparecer el modelo centralista.

Al perder vigencia la primera constitución liberal, por el surgimiento de los estados soberanos, es necesaria la expedición de la segunda Constitución en 1858^[24], que fortalece el modelo federal, y por esta los estados soberanos tenían la facultad de hacer leyes y sus propios códigos civiles, y, por ejemplo, desarrollan los temas de derecho de propiedad y de responsabilidad contractual. Así, como lo recuerda Fernando Mayorga:

21 "En términos generales, a partir del gobierno de López (1849-1853) y hasta 1885 puede hablarse de una hegemonía general, excluyendo el gobierno bipartidista de Manuel María Mallarino (1885-1857) y el de Mariano Ospina Rodríguez (1857-1861), quien, aunque gobernó en nombre del Partido Conservador –con la exclusión burocrática de sus contrarios–, adoptó gran parte de los postulados liberales entonces en boga". FERNANDO HUMBERTO MAYORGA GARCÍA, *El Estado y el Colegio del Rosario en el siglo XIX: Una historia de luces y de sombras*, Bogotá: Editorial del Rosario, 2010, p. 149.

22 "La Constitución de 1853 fue la primera carta sustancialmente liberal de la república, las que le siguieron –en el 1858 y en el 1863–, mantuvieron, no obstante algunas modificaciones, esa orientación". Durante la vigencia de la Constitución de 1853, el federalismo en Colombia inició a materializarse claramente a partir de 1855 con la declaración de independencia del Estado Soberano de Panamá, y en consecuencia, los demás estados soberanos reproducen este modelo con la finalidad de lograr un mayor grado de autonomía, con lo que comenzó a desaparecer el modelo centralista. LÁZARO MEJÍA ARANGO, *Los radicales: Historia política el radicalismo en el siglo XIX*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 89.

23 *Ibíd.*

24 "Con el Pacto de la Unión y el Pacto Transitorio murió la Constitución de 1858, la cual tuvo una corta vigencia, de tan solo tres años y cuatro meses". JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA, "La Constitución de 1858", en *Historia constitucional de Colombia, siglo XIX*, t. 1, 2.ª ed., Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012, pp. 272-273.

Los Códigos Civiles de Cauca, Santander y Cundinamarca empezaron a regir durante la vigencia de la Constitución de 1858, surgida, como ya vimos, como "consecuencias de las variaciones hechas en la organización política de la Nueva Granada por los Actos Legislativos que han constituido en ella ocho Estados Federales [...]". Con respecto a la posibilidad de los Estados de legislar en aquellas materias no atribuidas al gobierno central no se hizo, como era de esperarse, ninguna variación en el nuevo ordenamiento constitucional²⁵.

Esta segunda norma fundamental de 1858, de corte liberal, tiene una vigencia también corta debido a la guerra de 1860 a 1861^[26], en la que resulta victorioso Tomás Cipriano de Mosquera²⁷, jefe supremo del Estado Soberano del Cauca, al lograr entrar a Bogotá, declararse presidente transitorio y suscribir el pacto de la Unión²⁸. A partir de este acuerdo se origina la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, que reúne los nueve estados soberanos y que fue expedida por setenta representantes de cada uno de los nueve estados, en la población de Rionegro, ubicada en el Estado Soberano de Antioquia²⁹; sin embargo, "sus miembros fueron electos por voto directo, pero dada la situación política, únicamente entre los candidatos del liberalismo"³⁰. En consecuencia, queda consagrada "la orientación liberal clásica en todos los órdenes"³¹.

La Constitución de 1863 contenía 93 artículos divididos en 13 capítulos, en donde se demuestra que "la preocupación de los constituyentes de Rionegro se centró en dos puntos fundamentales: ilimitada autonomía para los estados que conformaban la Unión, y el carácter absoluto de los derechos y libertades

25 FERNANDO HUMBERTO MAYORGA GARCÍA, "El notariado en el Estado Soberano de Cundinamarca", *Revista Dikaion*, vol. 5, Universidad de la Sabana, 1996, pp. 73-74.

26 "Una serie de revoluciones locales contra los gobiernos de ciertos estados anticiparon la guerra civil general. Se iniciaron en el Estado de Santander, que se había formado con la unión de las Provincias de Socorro y Pamplona y que además era plaza fuerte del sector radical del Partido Liberal la mayoría de cuyos líderes habían sido gólgotas en años anteriores". DAVID BUSHNELL, *Colombia, una nación a pesar de sí misma*, 17.ª ed., Bogotá: Editorial Planeta, 2007, p. 177.

27 "Pero la mayor fuerza política del Gran Cauca de principios de la década de 1860 estaba formada por don Tomás Cipriano de Mosquera; era la época en la que el liberalismo draconiano caucano se agotaba en buena medida, en el temperamental e inteligente caudillo y en los ocho o diez lugartenientes que mantenía estratégicamente distribuidos en las diversas subregiones del Estado". JAIME VIDAL PERDOMO, *El federalismo*, óp. cit., p. 192.

28 Pacto de Unión de 1861. CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2.ª ed., Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 1995, pp. 285-294.

29 Estos constituyentes se reunieron desde el 4 de febrero de 1863 hasta la promulgación de la constitución el 8 de mayo de 1863. DIEGO URIBE, *Las constituciones de Colombia: Historia crítica y texto*, t. 1, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 156.

30 LUIS JIMÉNEZ, *El pensamiento liberal en las Constituciones*, Bogotá: Ediciones el Tiempo, 1990, p. 45.

31 LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 85.

individuales"³². El pensamiento liberal se manifestará en la Constitución de 1863 en la garantía de los derechos individuales, desarrollada en el artículo 15 que se divide en 16 numerales, específicamente el derecho de propiedad queda establecido en el numeral 5, con la siguiente redacción:

5.º. La propiedad, no pudiendo ser privados de ella, sino por pena o contribución general, con arreglo a las leyes, o cuando así lo exija algún grave motivo de necesidad pública, judicialmente declarado y previa indemnización. En caso de guerra la indemnización puede no ser previa, y la necesidad de la expropiación puede ser declarada por autoridades que no sean del orden judicial. Lo dispuesto en este artículo no autoriza para imponer pena de confinación en cada caso³³.

Este artículo donde se establece el derecho de propiedad en Colombia será el fundamento de las sentencias sobre responsabilidad estatal que elaborará la Corte Suprema Federal, pensamiento que se mantendrá en las posteriores decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, en materia de fuentes jurídicas, se debe retomar la historia de la Codificación Civil en Colombia y para esto, transcribir las ideas de Fernando Mayorga, quien explica:

Durante la vigencia de la Constitución de 1863 el proceso codificador continuó. En 1863, 1864 y 1866 respectivamente, los estados de Boyacá, de Antioquia y del Magdalena adoptaron, con algunas modificaciones, el Código Civil de Cundinamarca. Cupo a Agustín Núñez redactar el Código Civil para los territorios a cargo del gobierno de la Unión, para lo cual tomó como modelo el vigente en el Estado Soberano de Santander desde 1860, al cual introdujo algunas modificaciones de importancia. Tras su aprobación por Ley 84 de 1873, comenzó a regir en los territorios de la jurisdicción de la Unión el 1.º de enero de 1876^[34].

El proceso histórico continuará marcado por las diferencias políticas entre los conservadores (aliados con la iglesia católica) y los liberales, por lo que entre los hechos más relevantes hay que destacar: primero, la guerra³⁵ civil

32 DIEGO URIBE, óp. cit., p. 159.

33 CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, óp. cit., p. 313.

34 FERNANDO HUMBERTO MAYORGA GARCÍA, "La codificación de la legislación en Colombia", *Revista Credencial Historia*, octubre de 2016. Disponible en línea: <http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/codificacion-de-la-legislacion-en-colombia>.

35 "La exploración permitió comprobar que la guerra desempeñó un papel importante en la definición y conformación de las diferentes identidades regionales, en la consolidación de los Estados Soberanos y sus clases dirigentes. Es más, diversos caminos, lugares geográficos, ciudades y poblaciones adquieren relevancia por el papel representado en los conflictos armados. Además, la sociología histórica mostró que existían núcleos societarios y políticos detrás de la guerra, garantes de su continuidad, pues sus motivos y fines no se satisfacían no con la victoria ni con la derrota". MIGUEL BORJA, *Espacio y guerra. Colombia federal 1858-1885*, Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia - IEPRI, 2010, pp. 264-265.

de 1876-1877, en la que triunfaron los liberales³⁶; segundo, el gobierno del presidente Núñez, que inicia el 8 de abril de 1880^[37]; tercero, la guerra de 1884-1885; y cuarto, la muerte de la Constitución conservadora³⁸, católica y centralista de 1886^[39]. Así, se debe tener presente que en la guerra civil de 1876-1877 triunfaron los liberales; mientras que en la confrontación de 1884-1885 se impusieron los conservadores.

1.2. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886

Al terminar la guerra civil de 1884-1885, los representantes de los antiguos nueve estados soberanos (Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima) se reunieron para expedir una nueva constitución. Su intención primordial era restablecer el orden en Colombia o regenerar el país, combatiendo la desorganización en que lo había dejado el pensamiento liberal de los años anteriores⁴⁰.

36 HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA, ¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la guerra civil de 1876-1878, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

37 "El 8 de abril de 1880, en el Salón de Grados, ocupado por el Congreso y rodeado por una multitud, siendo ya cerca de las tres de la tarde se esperaba la llegada del presidente. El ejército montaba guardia a lo largo de la calle, por la cual avanzaba Núñez lentamente, rodeado de las más elevadas personalidades políticas, bastante pálido por la fuerte dolencia que le había quejado durante los últimos meses, pero iluminada su mirada por repentinos destellos de satisfacción. Por fin –ya los 58 años de edad– iba a ceñir su pecho la banda de los presidentes de Colombia". INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE, *Núñez*, Bogotá: Editorial Grijalbo, 2011, p. 223.

38 "De esa dominante obsesión por el orden que es impuesto como necesidad auténticamente sentida por quienes tienen conciencia del caos en que sumió a la nación la contraria pasión disolvente de liberación abolicionista, se derivará el estilo de todo el sistema constitucional ordenador: su fuerte estructura, su autoridad y poderes, su moderación y controles, su concepto de libertad y derechos limitados al servicio de principios morales y valores sociales que consolidan ese mismo orden". LUIS CARLOS SÁCHICA, "La contrarrevolución restauradora de 1886", en *Historia constitucional de Colombia, siglo XIX*, t. I, 2.ª ed., Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012, pp. 333-334.

39 "Los caudillismos locales prosperaron y se manifestaron en varias guerras civiles. La última de estas en que se enfrentaron los liberales (defensores del liberalismo) y conservadores (centralistas) concluyó en la derrota del sistema federal y el fin de la Constitución de 1863, concluían así 22 años de experiencia federal". AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 42-43.

40 "De esa dominante obsesión por el orden, que es impuesto como necesidad auténticamente sentida por quienes tienen conciencia del caos en que sumió a la nación la contraria pasión disolvente de liberación abolicionista, se derivará el estilo de todo sistema constitucional ordenador: su fuerte estructura, su autoridad, y poderes, su moderación y controles, su concepto de libertad y derecho limitados al servicio de principios morales y valores sociales que consolidan ese mismo orden". LUIS CARLOS SÁCHICA MÉNDEZ, "La contrarrevolución restauradora de 1886", óp. cit., pp. 333-334.

La ideología imperante fue la del Partido Conservador, consagrando una forma de Estado central y reconociendo la religión católica como la oficial. De este modo, se restablece el centralismo en Colombia y se fortalece el catolicismo recuperando algunos privilegios que había perdido durante el periodo de gobierno de los liberales. Sobre el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe comenzar por recordar que en el título III, "De los derechos civiles y garantías sociales", aparecen los principales artículos que sirvieron como fundamento para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por parte de la Corte Suprema de Justicia, los cuales dependiendo del caso concreto eran citados por el juez. Los artículos más utilizados como fundamento fueron el 19, 20, 31 y 32, por lo que se debe hacer una breve referencia a estos.

El artículo 19 reconocía diversos tipos de derechos liberales a los ciudadanos, como la vida, la honra y los bienes, dando una gran importancia al derecho de propiedad. Así mismo, precisaba que las autoridades de la república eran las encargadas de proteger a las personas y asegurar el respeto de sus derechos, incluyendo los naturales. A continuación, el artículo 20 determinó tanto la responsabilidad de los particulares como la de los funcionarios públicos, estableciendo que los segundos serían responsables por la infracción de las normas, por la extralimitación de funciones y por la omisión en el ejercicio de estas. Así, se da un fundamento constitucional a la responsabilidad de los funcionarios públicos, creando la posibilidad de responder tanto por sus acciones como por omisiones, por lo que quedan incluidos los regímenes de responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual. Adicionalmente, el artículo 31 desarrolla la protección de los derechos adquiridos en condiciones normales o tiempos de paz, explicando que prevalece el interés público sobre el particular, pero esto no debe entenderse que se puedan irrespetar los derechos de las personas y que en caso de ser afectados se deben indemnizar por parte del Estado. El artículo 32 explica el régimen de la propiedad, explicando que en tiempos de paz el particular solo puede ser privado de su propiedad en unos casos puntuales y siguiendo los lineamientos legales. Se requerirá, en todo caso, de graves motivos de utilidad pública, con lo que supera el criterio de necesidad pública de la Constitución de 1863. Por último, el artículo 33 incorpora el régimen de la propiedad privada en los casos extraordinarios de guerra, sosteniendo que en estos casos se puede expropiar por orden no judicial y sin previa indemnización, con el fin de que el inmueble sea ocupado para las necesidades propias de la confrontación, y en su párrafo final establece que la nación será responsable por las expropiaciones. Con base en estos artículos, continuará la construcción de la responsabilidad estatal patrimonial en el siglo XX y será el marco normativo tanto para el ejercicio del poder legislativo como de la potestad reglamentaria.

1.3. EL PROCESO DE CODIFICACIÓN QUE DESEMBOCA EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO DE 1887

La codificación o recopilación de normas fue un fenómeno que se dio en los países europeos de tradición jurídica escrita con el propósito de organizar sus fuentes de derecho y así hacer mucho más simple su aplicación por los operadores jurídicos. De este modo, citando a Fernando Mayorga:

La codificación fue un fenómeno europeo: todos los países de la Europa continental codificaron su derecho en el siglo XIX. Prusia, Austria y Francia fueron los países donde se elaboraron los primeros códigos. De entre ellos, el Code Civil francés de 1804, elaborado bajo el poder personal de Napoleón, tuvo enorme influencia sobre los posteriores. En él se consagraron, entre otros principios caros a la burguesía, el derecho a la propiedad concebido como emanación "natural" de la persona y la seguridad más absoluta para su disfrute; la defensa de la institución familiar, nuclear y urbana, construida en torno del matrimonio entendido como contrato laico y disoluble; y el principio de la autonomía de la voluntad para crear compromisos jurídicos obligatorios y, dentro de ciertos límites, para revocarlos⁴¹.

Estos códigos traspasaron al derecho indiano y, después de la independencia, continuaron su desarrollo adquiriendo una gran importancia al fortalecerse las ideas liberales en Colombia. Durante la forma de Estado federal el derecho de propiedad se desarrolló legislativamente en los códigos civiles elaborados en cada estado, incluyendo los denominados territorios nacionales. La normatividad que se adoptó se denominó el "Código de la Unión" y se aprobó por medio de la Ley 84 de 1873, sancionada por el presidente Murillo Toro⁴², y entró en vigencia por el Decreto 41 del 28 de enero de 1876.

Al pasar del sistema federal a un Estado unitario, fue necesaria la adopción del Código Civil de 1887^[43], el cual estaba basado en el Código de la Unión de 1873. Dicho Código será el principal sustento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, al ser adoptado como legislación sobre todo el territorio en virtud de la Ley 57 de 15 de abril de 1887.

En consonancia con la Constitución de 1886, el Código Civil colombiano defendía el derecho de propiedad privada, concibiéndolo como "el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no

41 FERNANDO MAYORGA GARCÍA, "La codificación de la legislación en Colombia", óp. cit., p. 155.

42 El Código Civil de la Unión se aprobó por medio de la Ley 84 de 1873, sancionada por el presidente Murillo Toro y su secretario del Interior y Relaciones Exteriores, Gil Colunje. No fue publicada por su extensión el *Diario Oficial*. FERNANDO HUMBERTO MAYORGA GARCÍA, "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX...", óp. cit., p. 307.

43 "Esta ley entró en vigencia el 22 de julio del año 1887, exactamente noventa días después de su publicación en el *Diario Oficial*". *Ibíd.*, p. 310.

siendo contra ley o derecho ajeno"; con lo cual, el propietario era titular de una serie de prerrogativas sobre sus bienes, que eran defendidas por el Estado. En este orden de ideas, el Estado debía garantizar la protección de la propiedad de los particulares y si ocurriese cualquier violación o daño a la propiedad, tendría que ser indemnizada por su causante.

Las decisiones en materia de responsabilidad, como se verá más adelante, se fundamentaron principalmente en los artículos 2341, 2347, 2349 y 2352 del Código Civil de la República de Colombia.

En cuanto a la responsabilidad contractual estatal, se hace referencia al régimen general de los contratos y particularmente, para los casos como el que se estudia es este escrito, se hace mención a los artículos 2053 a 2062, que hablan de los contratos de confección material incluyendo los temas relacionados con perfeccionamiento, ejecución, terminación, los casos de incumplimiento y la indemnización si es procedente.

Se debe hacer una mención específica al artículo 2056, que habla de la indemnización por incumplimiento contractual y que es el fundamento de muchas de las decisiones que se realizan sobre responsabilidad contractual del Estado. Este artículo está establecido en el "Capítulo 8. De los contratos para la confección de una obra material", específicamente precisa:

Artículo 2056. Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.

Como se puede observar, el Código Civil colombiano es un texto que está redactado con base en el pensamiento liberal y marcadamente al derecho de la propiedad privada, para garantizar el intercambio comercial de los propietarios por medio de contratos y al no existir normas especiales para el derecho público, la autonomía de la voluntad será el fundamento para la responsabilidad contractual del Estado y las potestades excepcionales serán excepcionales.

En este orden de ideas, se debe tener presente que el Código Civil de 1887 (cuando se adoptó de manera permanente el Código Civil de la Unión de 1873, con una marcada ideología liberal) será uno de los elementos principales con los que cuenta la Corte Suprema de Justicia para solucionar los conflictos contractuales entre el Estado y los particulares, y parte del ordenamiento jurídico vigente al momento al tomar la decisión emitida en la Sentencia del 20 de octubre de 1898 y, de este modo, algunos de sus artículos son los que son analizados para evaluar los hechos del caso concreto.

2. UNA SENTENCIA HITO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 20 DE OCTUBRE DE 1898: RESPONSABILIDAD ESTATAL CONTRACTUAL POR DECLARATORIA DE CADUCIDAD

Al terminar el período de hegemonía liberal en Colombia desaparece la Corte Suprema Federal y, en consecuencia, la Corte Suprema de Justicia entrará a encabezar la jurisdicción ordinaria o civil; su régimen estará contenido en la propia Constitución de la República de Colombia de 1886.

La norma fundamental en el artículo 60 ubicado en el "Título v. De los poderes nacionales y del servicio público", le otorga funciones jurisdiccionales así: "Artículo 60. Ejercen el poder judicial la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás tribunales y juzgados que establezca la ley. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales"⁴⁴. Adicionalmente, el título "xv. De la Administración de justicia" desarrolla el tema de la Corte Suprema de Justicia, fijando como miembros siete magistrados vitalicios, salvo sentencia judicial por mala conducta. Los requisitos de postulación eran los siguientes: a) ser colombiano de nacimiento; b) ser ciudadano en ejercicio; c) ser mayor de 35 años; y d) haber sido magistrado de alguno de los tribunales superiores, haber ejercido con buen crédito la profesión de abogado o haber sido profesor de derecho en un establecimiento público por más de cinco años.

El artículo 151^[45] de la Constitución de la República de Colombia de 1886 establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y, particularmente, precisa que en materia de responsabilidad contractual estatal tendrá la

44 "Ejercen el poder judicial la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás tribunales y juzgados que establezca la ley". CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, *óp. cit.*, p. 355.

45 Constitución de la República de Colombia de 1886, artículo 151: "Son atribuciones de la Corte Suprema:

1. Conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes.
2. Dirimir las competencias que se susciten entre dos o más Tribunales de Distrito.
3. Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la nación o que constituyan litigio entre dos o más departamentos.
4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales.
5. Decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno, o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles.
6. Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que le corresponda, cuando haya lugar conforme al artículo 97.
7. Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Agentes diplomáticos y consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, y los Jefes superiores de las Oficinas principales de Hacienda de la Nación.

competencia tanto al conocer de los litigios en que haga parte la nación como por los recursos de casación. Del mismo modo, su competencia se podrá fundamentar en leyes especiales sobre la materia, por ejemplo, la Ley del 15 de mayo de 1860 que establece el procedimiento que deben cursar las causas civiles⁴⁶.

Una vez mencionados los principales aspectos tanto de competencia como procesales, es necesario retomar el contenido de la decisión la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898, de la que el propio Juan Carlos Henao destaca su importancia sosteniendo:

es excepcional en la medida en que no se apoya sobre norma concreta que prevea la indemnización, merece un comentario especial: la jurisprudencia empieza desde el siglo XIX a sentar principios generales de responsabilidad. En el evento se trataba de la caducidad de un contrato de concesión de privilegio de construcción de un mercado público en la ciudad de Colón (Panamá), para sacarlo a licitación y adjudicarlo a otras personas, apoyándose para ello en la expedición ilegal de un decreto. La referencia a normas generales y el salvamento de voto que contiene la decisión permiten pensar que desde el siglo XIX en Colombia la posibilidad de obtener indemnización de perjuicios por fuera de una norma que expresa y concretamente así lo ordenara⁴⁷.

Reconocida la competencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en los casos contenciosos en que haga parte la nación, incluyendo los de responsabilidad contractual, es importante centrarse en el estudio de la relevante sentencia del 22 de octubre de 1898, por lo que a continuación se realizará la presentación de los principales puntos de la providencia, específicamente en los temas de: los hechos de la sentencia (2.1); los argumentos y la decisión (2.2); y los salvamentos de voto de los magistrados Carmelo Arango y Baltasar Botero (2.3).

2.1. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA DEL 22 DE OCTUBRE DE 1898

La sentencia se originó con la demanda ordinaria interpuesta ante el Tribunal Superior de Cundinamarca el 18 de junio de 1895, con motivo de la violación

8. Conocer de todos los negocios contenciosos de los Agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho internacional.

9. Conocer de las causas relativas a navegación marítima o de ríos navegables que bañen el territorio de la nación.

Y las demás que le señalen las leyes". *Ibíd.*, pp. 375-376.

46 Véase HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA, "El nacimiento de la responsabilidad estatal en Colombia", *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, t. 43, 2019, pp. 182-183.

47 JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", *óp. cit.*, p. 739.

de un contrato sobre privilegio para la construcción de un mercado público en la ciudad de Colón, en el Estado Soberano de Panamá, el monto que solicitaban los actores era de \$250.000 en moneda del país.

El contrato celebrado entre los señores Benjamín Ruiz y Carlos Abrahams con el alcalde del Municipio de Colón, el 23 de noviembre de 1891, tenía por objeto la construcción de un mercado público en aquella ciudad. Dicho contrato cumplió con todas las formalidades legales exigidas para la época, es decir: a) la autorización de la Municipalidad; b) elevado a escritura pública; y c) aprobación por una ley de la Asamblea de Panamá.

El acuerdo de voluntades establecía que la Municipalidad de Colón se comprometía únicamente a entregar a los concesionarios media hectárea de terreno debidamente terraplenado, de las zonas que el gobierno tenía destinada para la construcción de establecimientos públicos y/o edificios. Del mismo modo, otra cláusula estipulaba un privilegio por 25 años en favor de los concesionarios de recibir las utilidades (excepto un 10% que le correspondía al municipio) y transcurrido este lapso, tanto la obra como las utilizadas pasarían a ser bienes de dominio público.

Los contratantes realizaron todos los estudios necesarios, contrataron personal para adelantar los trabajos y solicitaron en varias ocasiones el terreno a las autoridades públicas para poder iniciar los trabajos; sin embargo, el gobierno de la ciudad de Colón nunca entregó el predio requerido y el tema se complicó por el surgimiento de la guerra de 1885, que trastocó todo el orden público en los Estados Unidos de Colombia.

Para tratar de conjurar la crisis, se nombró como jefe Civil y Militar del Departamento de Panamá al general Miguel Montoya, quien declaró por medio del Decreto del 19 de septiembre de 1885 que se terminaba el contrato y que se podía proceder a la adjudicación de un nuevo contrato, el que se celebró entre la Gobernación de Panamá y Julio Vengoechea el 25 de enero de 1886. Así, con base en los artículos 2053 a 2062 del Código Civil (que consagran los principios que informan los contratos para la confederación de una obra material) y otros artículos, sobre el tema de los efectos de las obligaciones, expropiaciones y el contrato de arrendamiento, el demandante estima que:

Los perjuicios se hacen consistir en la cantidad que se dice pagó Abrahams a Ruíz por los derechos que éste tenía en la empresa; el valor de los honorarios y demás gastos hechos en los trabajos preparatorios para dar principio a la obra, y en las gestiones administrativas anteriores y posteriores al contrato, y en las utilidades que los concesionarios hubieran podido obtener del privilegio⁴⁸.

48 Corte Suprema de Justicia, 20 de octubre de 1898, *Gaceta Judicial*, Bogotá, 28 de marzo de 1890, año XVI, n.º 685, p. 55.

A partir de esto se surtió el trámite procesal de juicio ordinario ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, entidad que decidió el 28 de octubre de 1896 lo siguiente:

En consecuencia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se declara que los perjuicios que se demandan, si los hay, no es responsable la Nación, y que está probada la excepción perentoria propuesta, por fundarse esta en las mismas causas que sirven de base, en parte, a la resolución procedente⁴⁹.

Ante esto, la parte demandante controvertió este fallo por medio del recurso de apelación para acudir en segunda instancia a la opinión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por lo cual el máximo tribunal entró a analizar el caso objeto de estudio.

Se debe recordar que la decisión fue elaborada por la Corte Suprema de Justicia principalmente con base en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 y con el Código Civil de la Unión de 1876; puesto que, esta normatividad, junto con otras normas sectoriales, es la que origina una jurisprudencia uniforme en materia de responsabilidad estatal por daños causados como consecuencia de las guerras civiles vigente al momento de los hechos. Adicionalmente, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Civil u Ordinaria recurrirá tanto a la Constitución de la República de Colombia de 1886 como al Código Civil de 1887 por ser las reglas más actualizadas sobre la materia en la fecha de la decisión. En todo caso, al analizar la jurisprudencia de la época, Juan Carlos Henao explica: "los jueces se apoyaban sobre las normas legales que permitían imponer obligaciones al Estado, aunque también iniciaban la construcción de los principios generales establecidos por el Código Civil para ser aplicados al Estado"⁵⁰. Adicionalmente, se debe destacar que la responsabilidad estatal de la época se basaba en la responsabilidad del funcionario, puesto que como lo recuerda Gustavo Quintero: "Se trataba de un ejercicio de semejanzas entre las personas físicas y las morales porque el Código Civil colombiano nada dice de la responsabilidad de estas últimas"⁵¹. En el caso concreto, se debe destacar que la demanda se basa tanto en los artículos 31 y 32 de la Constitución de 1886 como en los correspondientes a la confección de obra material y de las obligaciones que aparecen el Código Civil colombiano de 1887.

49 *Ibíd.*, p. 56.

50 JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, *óp. cit.*, p. 740.

51 GUSTAVO QUINTERO NAVAS, "La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: Entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica", en *Manual de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2009, p. 234

2.2. LOS ARGUMENTOS Y LA DECISIÓN

Siguiendo los lineamientos constitucionales, la Corte Suprema de Justicia estaba conformada por siete magistrados, quienes para la sentencia objeto de estudio eran: Luis M. Isaza, Abraham Fernández de Soto, Carmelo Arango M., Baltazar Botero Uribe, Jesús Casas Rojas, Otoniel Navas y Lucio A. Pombo.

A continuación, se transcribirán los principales argumentos de la Corte Suprema de Justicia en los que sostiene la existencia de la responsabilidad estatal. De esta manera, el más alto tribunal judicial colombiano, en algunos de los apartes de la sentencia del 20 de octubre de 1898, sostuvo:

Por virtud de las circunstancias excepcionales en que se encontraba el Estado Soberano de Panamá, en donde el régimen constitucional había sufrido sustanciales alteraciones, el Gobierno decidió someterlo a la autoridad directa de la Nación, con el objeto de que ésta interviniera en su administración y Gobierno. Suprimida así la autoadministración que este Estado ejercía conforme a la Constitución de 1863, quedó de hecho bajo el imperio del Gobierno general, que tomó a su cargo la dirección de los asuntos que correspondían antes a la vida interior de dicha sección. En consecuencia, el Jefe Civil y Militar Montoya, al expedir el Decreto número 24, de 19 de septiembre de 1895, por el cual declaró caducado el contrato celebrado por la Municipalidad de Colón con Abrahams y Ruiz, sobre la construcción de un mercado en esa ciudad, obró como agente de la Nación y no como representante del Estado de Panamá, que había sustituido por aquella, de donde se deduce que no procede en este caso la distinción entre las diversas esferas administrativas, unidas por el vínculo de la jerarquía, que existe entre las secciones y el Gobierno nacional, por razón de las funciones que a las unas y al otro incumben dentro de su respectiva potestad.

[...] La responsabilidad que pretende exigirse de la Nación en este caso, proviene de que el Jefe del Departamento, nombrado por el Presidente de la República obró no solo sin facultades legales para poner término al contrato, sino también de que el fundamento expuesto por el Jefe Civil y Militar, General Montoya, para adoptar esa medida, no es exacto supuesto que los contratistas Abrahams y Ruiz no podían principiar la construcción del mercado mientras no se les entregara por la Municipalidad de Colón la media hectárea del terreno terraplenado o en estado de recibir las construcciones especificadas en el contrato, deber que el Cabildo de Colón no había cumplido, porque era la Compañía del Ferrocarril de Panamá quien debía ejecutar el terraplén y entregar el terreno al Distrito para que esto lo pusiera a disposición de los concesionarios del mercado. No estando, pues, estos en mora de cumplir aquello a que estaban obligados, pues según el artículo 12 del contrato, los concesionarios debían comenzar la construcción del edificio después de diez meses de aprobado dicho contrato por la Municipalidad y cumplido por esta el compromiso de obtener del Gobierno del Estado y ceder a Carlos Abrahams y B. Ruiz la mitad de la hectárea de terreno perfectamente terraplenado que el Gobierno de la Unión había cedido al Estado, y concluir la

construcción dentro del término de dos años después, no hubo razón para declarar caducado el contrato, como lo hizo el Jefe Civil y Militar de Panamá, fundándose en que habían transcurrido más de un año después de terminados los plazos concedidos a los concesionarios para la conclusión de la obra. Es indudable que al ejecutar el Jefe Civil y Militar de Panamá el hecho que es materia de este juicio, causó lesión o violó derechos legítimamente adquiridos por Abrahams y Ruiz, y estos o sus sucesores, tiene acción para que se les indemnice del daño causado, conforme a los artículos 2341 y 2347 del Código Civil [...]. La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil, lo establecen de una manera indudable. Siendo el Estado una persona jurídica, y habiendo obrado en el caso en cuestión el agente del Gobierno en virtud de facultades generales y extraordinarias, conferidas por el mismo Gobierno para el régimen del departamento, no puede desconocerse que los actos del agente, comprometieron la responsabilidad civil del comitente, que obraba en nombre de aquel y en ejercicio de la autoridad que se le había dado, pues de otro modo, es decir, sin la fuerza pública que tenía a su disposición y la autoridad de que estaba revestido, no habría podido ejecutar aquel hecho en términos que surtiera, como surtió el efecto que se propuso, cual fue desposeer a los concesionarios del contrato de privilegio, sacarlo a licitación y adjudicarlo a otras personas⁵².

El caso concreto, la Corte Suprema de Justicia tuvo que analizar diferentes temas dentro de este contrato, como la legalidad la declaración de caducidad, si era procedente la indemnización y si debía asumirla por el nuevo país o continuaría siendo obligación del gobierno colombiano. Entre sus consideraciones está el reconocimiento del Gobierno colombiano por las actuaciones de sus agentes, puesto que a pesar de que ya el Estado era reconocido como persona jurídica, la responsabilidad surgía por que el agente actuaba en nombre de la nación y por los poderes otorgados por esta, fue que pudo causar el daño a los concesionarios, específicamente afirmó:

La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil, lo establecen de una manera indudable. Siendo el Estado una persona jurídica, y habiendo obrado en el caso en cuestión el agente del Gobierno en virtud de facultades generales y extraordinarias, conferidas por el mismo Gobierno para el régimen del departamento, no puede desconocerse que los actos del agente, comprometieron la responsabilidad civil del comitente, que obraba en nombre de aquel y en ejercicio de la autoridad que se le había dado, pues de otro modo, es

52 Corte Suprema de Justicia, 20 de octubre de 1898, *Gaceta Judicial*, Bogotá, 28 de marzo de 1890, año XVI, n.º 685, p. 57.

decir, sin la fuerza pública que tenía a su disposición y la autoridad de que estaba revestido, no habría podido ejecutar aquel hecho en términos que surtiera, como surtió el efecto que se propuso, cual fue desposeer a los concesionarios del contrato de privilegio, sacarlo a licitación y adjudicarlo a otras personas⁵³.

Siguiendo a Ramiro Saavedra, al realizar algunos comentarios de la sentencia en comento, se puede concluir que: "El proceso de consolidación de la responsabilidad estatal en la jurisprudencia de la Corte pasó por la formulación de varias doctrinas, todas ellas basadas, como acaba de verse, apoyadas en la noción de culpa consagrada en el título xxxiv artículos 2341 y 2347 del Código Civil"⁵⁴.

Por último, se debe traer a colación la decisión del Alto Tribunal colombiano que en la parte resolutive de la sentencia del 20 de octubre de 1898 estableció:

No queda duda, como se ha visto, de que el desconocimiento hecho por el Jefe Civil y Militar de Panamá de los derechos de los contratistas Abrahams y Ruiz, causó a estos algún perjuicio; pero como este no está acreditado en los autos, ni hay en ellos los datos suficientes para fijar el monto de la indemnización, es necesario, al reconocer el derecho de los demandantes, dar cumplimiento a lo dispone el artículo 370 del Código Judicial, remitiéndose a las partes a otro juicio, en el cual debe fijarse el monto de los perjuicios en vista de las pruebas que se presentan para acreditarlos. Por tanto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el Sr. Procurador de la Nación, condena a la República de Colombia a pagar a los herederos de Carlos Abrahams los perjuicios causados con motivo del Decreto 94 expedido por el jefe civil y militar del estado de Panamá, general Miguel Montoya en 19 de septiembre de 1885, por el cual se declaró caducado el contrato que aprobó el Cabildo de Colón el 25 de noviembre de 1881, y la Asamblea Legislativa el 10 de noviembre de 1882, sobre la construcción de un mercado público en la ciudad de Colón. Para la fijación de estos perjuicios deberá seguirse un juicio ordinario, en el cual no se discutirá la obligación de pagarlos⁵⁵.

La Corte Suprema de Justicia concluye que el comportamiento del jefe Civil y Militar de Panamá al declarar la caducidad, sin tener presente que el incumplimiento se debió a la demora del propio lugar al no entregar los terrenos, vulneró los derechos del contratista por lo que tiene derecho a una indemnización, que se determinará con posterioridad.

53 *Ibíd.*

54 RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, *ibíd.*, p. 153.

55 Corte Suprema de Justicia, 20 de octubre de 1898, *Gaceta Judicial*, Bogotá, 28 de marzo de 1890, año XVI, n.º 685, p. 57.

2.3. LOS SALVAMENTOS DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS CARMELO ARANGO Y BALTASAR BOTERO.

La constitución indicaba que la sentencia debía ser decidida por los siete magistrados que conformaban la sala, de los cuales dos magistrados salvaron sus votos: el primero, del magistrado Carmelo Arango M. y el segundo fue suscrito por Baltazar Botero Uribe. En su voto los mencionados magistrados sostuvieron que la actuación del general Montoya al expedir el Decreto 94 de 19 de septiembre de 1885, por el cual declaró caducado el contrato sobre construcción de un mercado público en la ciudad de Colón, fue con independencia del gobierno general y, en consecuencia, si se causó algún perjuicio a particulares, solo pudo comprometer la responsabilidad del Estado de Panamá. No obstante, estos salvamentos de voto incluyeron otras interesantes ideas que se van a presentar a continuación, por lo que este apartado se subdivide en: el salvamento de voto del magistrado Carmelo Arango (2.3.1) y el salvamento de voto del magistrado Baltazar Botero (2.3.2).

2.3.1. El salvamento de voto del magistrado Carmelo Arango

En este salvamento se empieza por plantear que la cuestión principal del litigio es que con base en la situación de anormalidad que se presentaba por la guerra determinar si los actos realizados por el general son violatorios de los derechos adquiridos y, en caso de serlo, determinar la entidad que se debe responder patrimonialmente por el incumplimiento contractual. A partir de esto, el magistrado Carmelo Arango considera que estuvo correctamente declarado el Estado de excepción, puesto que se siguieron los lineamientos constitucionales establecidos en el propio artículo 91 de la Constitución de 1863 y las facultades extraordinarias concedidas al ejecutivo. Posteriormente, analiza las relaciones existentes en la rama ejecutiva del orden nacional y el estatal establecidas en la norma fundamental. Entre sus argumentos se deben destacar:

La caducidad del contrato celebrado por el Alcalde de Colón con Benjamín Ruiz y Carlos Abrahams se decretó por el Jefe Civil y Militar de Panamá, el diecinueve de Septiembre de mil ochocientos ochenta y cinco, antes de la Expedición del Decreto número 858, de doce de Diciembre de dicho año, luego la responsabilidad que pueda aparejar ese acto, si la hubiere, correspondía al Departamento en representación del extinguido Estado, y no a la Nación⁵⁶.

56 Los salvamentos de voto aparecen en *ibíd.*, pp. 57-64.

2.3.2. El salvamento de voto del magistrado Baltazar Botero

El magistrado Baltazar Botero se adhiere a los argumentos del anterior salvamento de voto y a su vez reproduce el proyecto original que presentó a la Corte al estudiar el presente caso, retomando algunos de sus apartes explica:

El demandante hace derivar su derecho, causa o razón de los hechos arriba enumerados, e invoca como aplicables al caso del pleito los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, que tratan *de los contratos para confección de una obra material*, 1602 a 1617 del mismo Código, que tratan *del efecto de las obligaciones*, 2018 *ibidem*, que disponen reglas para los casos de expropiación por causa de utilidad pública en el Capítulo titulado *De la expiración de los arrendamientos de cosas*, y 2341 a 2360 de la misma obra, que fijan *la responsabilidad común por los delitos y culpas*. También cita los artículos de las Leyes 119 y 56 de 1890, en cuanto se refieren a la expropiación de derechos legítimamente adquiridos. Y por último invoca, invoca “la doctrina constitucional consignada en los artículos 31 y 32 de la Carta Fundamental y sus concordantes de la misma aplicables a la convención en referencia”. [...] Debe recordarse, asimismo, que el Jefe Civil y Militar señaló, en el propio Decreto número 94, de diez y nueve de Septiembre de mil ochocientos ochenta y cinco, los lotes del terreno en donde debía constituirse el mercado, conforme al nuevo contrato o a la nueva concesión, y que se ordenó sacar a licitación pública la construcción del edificio, y debe hacerse constar que se llevó a cabo la obra siendo concesionario Julio A. Vengoechea.

[...] En ninguna de las fuentes de las obligaciones, previstas por el artículo 1494 del Código Civil (igual al 1539 del de Panamá), puede incluirse el acto ejecutado por el susodicho Jefe Civil y Militar. No hubo en ese acto el concurso real de las voluntades de dos o más personas, entre las cuales se hallarán la Nación y el demandante. Tampoco fue un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en los cuasicontratos. Ni hay ley alguna, ni hubo entonces, de la cual se deriva el derecho del actor y la obligación de la Nación por la expedición de aquel Decreto. [...] Nótese también alguna contradicción en la aplicación simultánea que la sentencia hace de los dos artículos preinsertos. En efecto, si hubo delito o culpa del Jefe Civil y Militar al dictar el Decreto mencionado (artículo 2347), no hubo el *delito o culpa* civil (nombres que no se hallaban en el tecnicismo de la legislación colombiana), que se quiso acomodar en el artículo 2347^[57].

Los dos salvamentos de voto tienden a demostrar que la República de Colombia no debió asumir la indemnización pagada a los contratistas por la declaración de caducidad. El primero, porque debió ser el estado de Panamá el que debió asumir la indemnización, mientras que, el segundo, considera que

la argumentación de la Corte Suprema de Justicia fue tan jurídicamente tan fuerte como debe serlo.

CONCLUSIONES

La historia del derecho administrativo colombiano de los siglos XIX y XX no tiene suficientes estudios y en materia de contratos estatales esta deficiencia es mucho mayor, puesto que no existe algún estudio concienzudo, sino que la doctrina se limita a exponer algunos puntos, pero sin agotar el tema. Específicamente, este artículo demuestra la necesidad de realizar un estudio sistemático sobre la historia de la responsabilidad contractual en Colombia, porque ninguno se remonta a las sentencias decimonónicas, a pesar de su existencia, como la de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898. A partir de esta providencia es posible afirmar que pueden existir otras sentencias que hicieran referencia a los contratos públicos. Para poder entender el contexto de la producción de este fallo, es fundamental conocer que la introducción del pensamiento liberal, que incorporaba el derecho de propiedad, sirvió de fundamento ideológico para las normas consagradas tanto en la Constitución Política de 1863 como en las leyes que serán el fundamento jurídico en temas de responsabilidad estatal. Del mismo modo, se debe conocer que la contratación estatal se podía ver afectada por las guerras civiles. Con base en el pensamiento jurídico en materia de contratación estatal en el siglo XIX se presentaron importantes decisiones que hicieron referencia distintas figuras contractuales que se mantienen en nuestro régimen vigente, tales como la posibilidad de la contratación administrativa, algunos requisitos de los contratos, la concesión, las formas de su terminación, las cláusulas exorbitantes, la declaración de caducidad, la posibilidad de dirigirse por acción civil contra los funcionarios y las procedentes indemnizaciones en casos de incumplimientos y/o exlimitaciones. El estudio riguroso de la historia de la responsabilidad contractual en Colombia contribuye a la comprensión de los diferentes modelos contractuales públicos que se han tenido, conociendo sus especificidades teóricas y puede aportar al mejoramiento de los lineamientos de nuestro régimen, que según parte de la doctrina es profundamente disperso, complejo y con graves discrepancias sobre su conveniencia. Asimismo, el conocer las decisiones anteriores sobre la materia permite crear líneas jurisprudenciales, influencias teóricas, adoptar soluciones similares y, en todo caso, fortalecer la tarea de los jueces permitiéndoles decisiones de mayor calidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS MENDOZA, HUGO ANDRÉS. *Derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Legis, 2020.
- ARENAS MENDOZA, HUGO ANDRÉS. *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Bogotá: Editorial Legis, 2014.
- ARENAS MENDOZA, HUGO ANDRÉS. *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la guerra civil de 1876-1878*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- ARENAS MENDOZA, HUGO ANDRÉS. "El nacimiento de la responsabilidad estatal en Colombia". *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, t. 43, 2019.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BORJA, MIGUEL. *Espacio y guerra. Colombia federal 1858-1885*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia - IEPRI, 2010.
- BRAVO ARTEAGA, JUAN RAFAEL. "La Constitución de 1858". En *Historia constitucional de Colombia, siglo XIX*, t. 1, 2.^a ed. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012.
- BUSHNELL, DAVID. *Colombia, una nación a pesar de sí misma*, 17.^a ed. Bogotá: Editorial Planeta, 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 20 de octubre de 1898, *Gaceta Judicial*, Bogotá, 28 de marzo de 1890, año XVI, núm. 685.
- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.^a ed. Bogotá: Editorial Legis, 2016.
- DUQUE BOTERO, JUAN DAVID. *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- GUECHA MEDINA, CIRO NÓLBERTO. *Contratos administrativo*, 3.^a ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2015.
- HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia". En *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial (1864-1990)*, 3 tomos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO. *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

HOYOS DUQUE, RICARDO. *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

JIMÉNEZ, LUIS. *El pensamiento liberal en las Constituciones*. Bogotá: Ediciones el Tiempo, 1990.

LIÉVANO AGUIRRE, INDALECIO. *Rafael Núñez*. Bogotá: Editorial Grijalbo, 2011.

LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Responsabilidad patrimonial del Estado. Evolución de la Jurisprudencia colombiana*, t. 1. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000.

MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL. *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. *Manual de contratación de la Administración pública*, 4.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

MAYORGA GARCÍA, FERNANDO HUMBERTO. "El notariado en el Estado Soberano de Cundinamarca", *Revista Dikaion*, vol. 5, Universidad de la Sabana, 1996.

MAYORGA GARCÍA, FERNANDO HUMBERTO. "La codificación de la legislación en Colombia". *Revista Credencial Historia*, octubre de 2016. Disponible en línea: <http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/codificacion-de-la-legislacion-en-colombia>.

MAYORGA GARCÍA, FERNANDO HUMBERTO. *El Estado y el Colegio del Rosario en el siglo XIX: Una historia de luces y de sombras*. Bogotá: Editorial del Rosario, 2010.

MAYORGA GARCÍA, FERNANDO HUMBERTO. "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y el proceso de codificación en Colombia". *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 14, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

MEJÍA ARANGO, LÁZARO. *Los radicales: Historia política el radicalismo en el siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. *La contratación de las entidades estatales*, 7.^a ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2014.

QUINTERO NAVAS, GUSTAVO ARNULFO. "Conflicto armado y responsabilidad del Estado". *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n.º 10, 1999.

QUINTERO NAVAS, GUSTAVO. "La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: Entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica". En *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009

RESTREPO PIEDRAHITA, CARLOS. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

RESTREPO PIEDRAHITA, CARLOS. *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo. General y colombiano*, 19.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2016.

SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Ibáñez, 2017.

SÁCHICA, LUIS CARLOS. "La contrarrevolución restauradora de 1886". En *Historia constitucional de Colombia, siglo XIX*, t. 1, 2.^a ed. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012.

SÁCHICA APONTE, LUIS CARLOS. *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME. *Tratado de derecho administrativo. Introducción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

URIBE, DIEGO. *Las constituciones de Colombia: Historia crítica y texto*, t. 1. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *El federalismo*. Bogotá: Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*, 13.^a ed. Bogotá: Editorial Legis, 2009.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Curso de derecho administrativo*, 10.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2016.