

DISTANCIA Y CERCANÍA ENTRE LOS ACTOS CIVILES, COMERCIALES Y ADMINISTRATIVOS¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Con el fin de establecer similitudes y diferencias entre los actos civiles, comerciales y administrativos, el texto: *i)* estudia sintéticamente la relación histórica entre las instituciones del derecho administrativo y el privado para desatacar el carácter autónomo del primero en la consolidación de principios y conceptos; *ii)* presenta nociones sencillas del acto administrativo y precisa el lenguaje del derecho privado en cuanto a los actos o negocios jurídicos; *iii)* propone la distinción entre unos y otros en atención a los principios orientadores de cada disciplina, es decir, el de legalidad y el de la autonomía de la voluntad; *iv)* propone la unilateralidad como un criterio distintivo, así como el deber de motivar los actos administrativos; *v)* precisa que solo se estudia la inexistencia y la invalidez de los actos civiles y comerciales; y *vi)* destaca el ejercicio de función administrativa como criterio distintivo material.

Introducción

La teoría del acto administrativo es al derecho administrativo lo que la teoría del acto o negocio jurídico es para el derecho civil. Sin reducir todo un sector del derecho a una construcción conceptual, bien podría decirse que se trata de los tópicos más relevantes para la comprensión y aplicación, tanto del derecho civil como del administrativo³. El Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continúa con el estudio del acto administrativo y, en la presente sesión, estudia las diferencias entre este y los actos civiles y comerciales. Este tema, amplio e interesante, implica más que un paralelo entre los elementos de la

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 18 de mayo de 2024, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Richard S. Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: el acto administrativo, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián G. Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel V básico, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

³ Retomando las ideas de Otto Mayer, Bocanegra Sierra sostiene que, si bien el acto administrativo es una «institución central de la disciplina» sin la cual no podría comprenderse el derecho administrativo moderno, resulta cuando menos ingenuo resumir el derecho administrativo en este concepto (BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el acto administrativo. 4ª ed. Madrid: CIVITAS., 2012. p. 28).

definición de ambas nociones, en el fondo, encandeece las tensiones de la doctrina de lo público y lo privado.

1. La autonomía del derecho administrativo

Antes de comparar el acto administrativo con el civil y el comercial, es preciso cuestionarse si uno encuentra su génesis en el otro. Para esto, es oportuno referir el estudio sobre la relación entre las instituciones del derecho civil y el administrativo por parte de Retortillo Blanquer⁴. El autor se cuestiona esencialmente ¿qué supuso el derecho civil en la formación del derecho administrativo? y, con cuidado, advierte que esto no puede estudiarse sino en el marco de cada ordenamiento jurídico. No obstante, plantea dos ejemplos paradigmáticos, opuestos y extremos para visualizar de mejor tipo las relaciones históricas construidas entre ambas ramas del derecho.

De un lado está la experiencia de Francia, donde la construcción del derecho administrativo tuvo un carácter preponderantemente jurisprudencial, a partir de *instituciones* como el *servicio público*, la *autoridad* y la *gestión*. Al respecto, si bien se advierte que el sustento de estas nociones no es el derecho privado, Blanquer destaca que este facilitó un esquema para el desarrollo de la jurisprudencia y, de una u otra forma, incidió en su consolidación⁵. Así, por ejemplo, las ideas previas sobre propiedad, contratos y responsabilidad fueron determinantes para el desarrollo del sistema administrativo autónomo.

Por otra parte, la asignación de nuevas y extensas funciones al Estado postrevolucionario aparejó el reiterado uso del derecho privado por parte de la Administración. De modo que, pese a su reconocimiento como un sistema autónomo e independiente, la gestión de lo público no se desprendió de las reglas civiles, admitiendo la posibilidad de perseguir y lograr el interés general en aplicación de las normas de los particulares⁶.

Ahora bien, en el contexto de esa permanente y —aparentemente— inescindible relación entre el civil y el administrativo, Blanquer no reconoce el alcance supletorio general del derecho privado. En su criterio, el carácter *derogatorio* del derecho administrativo no implica que, en caso de laguna, siempre deberá acudir al derecho de los particulares como método integrativo. Propone que, por el contrario, el derecho administrativo encuentra una respuesta a los

⁴ RETORTILLO BLANQUER, Sebastián. El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2018. 199 p.

⁵ Explícitamente, reconoce: «El derecho administrativo se formó teóricamente en un medio jurídico impregnado de tendencias y de tradiciones civiles, gracias a la obra de administradores, jueces y miembros del Parlamento que habían sido formados en la escuela del Derecho Civil y del Derecho Romano» (Ibid., p. 36).

⁶ Ibid., p. 27-36.

vacíos con apoyo en los principios *internos* que lo orientan. Adicionalmente, indica que la remisión al derecho privado suele estar prevista o autorizada por la ley, cosa distinta al reenvío general e indiscriminado⁷.

Del otro lado, la construcción del derecho administrativo en Alemania sí se sustentó directamente en los esquemas del derecho privado. Como ejemplo, la teoría del fisco estuvo altamente influenciada por el derecho civil, como una consecuencia de presumir que todas las obligaciones jurídicas de contenido patrimonial se regulan por el derecho privado. En sentido similar, el principio del *pacta sunt servanda* se inspiró en la fuerza obligatoria de los contratos para las partes. Si bien se trata de extremos opuestos para demostrar el vínculo permanente de ambas ramas del derecho, lo cierto es que el préstamo o cesión de conceptos y técnicas se ha dado, con mayor o menor fuerza, y desde cada extremo hacia el otro, pues también el derecho privado ha tenido influencia de instituciones típicamente administrativas, como el principio de legalidad.

De allí que, en lo que respecta al acto administrativo, es una categoría central del área que, en cualquier caso, encuentra relación y origen estrecho con el derecho privado y sus instituciones; sin embargo, se trata de un asunto que debe estudiarse bajo la comprensión del derecho administrativo como un sistema autónomo, capaz de auto integrarse por medio de sólidos conceptos y principios.

2. Conceptos

Sobre la noción de acto administrativo se ha escrito en demasía y, aunque se encuentran parámetros similares, difícilmente la doctrina se pone de acuerdo sobre la definición del acto. Esto no solo se explica en la tradición jurídica y las particularidades de cada ordenamiento, sino que supone un álgido debate con efectos, verbigracia, en la definición del objeto de la jurisdicción.

Como el propósito del texto no es agotar esta discusión, se identificarán, por lo menos tres ideas —dos foráneas y una local— que permitan el uso de un lenguaje uniforme. En la doctrina extranjera, Dromi comprende al acto administrativo como «[...] toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa»⁸. García Trevijano comparte que se trata de una declaración unilateral que produce efectos jurídicos, pero estima que puede ser de conocimiento, juicio o voluntad, y limita los sujetos que pueden expedirla a entidades administrativas

⁷ Íbid., p. 37-46.

⁸ DROMI, Roberto. Derecho administrativo. 5a ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p.143.

«actuando en su faceta de derecho público»⁹. En la doctrina nacional se acudirá a la propuesta del profesor Fabián Marín, según el cual, el acto administrativo es:

«[...] *i*) una declaración de voluntad —y excepcionalmente la omisión que representa el silencio—, *ii*) de carácter unilateral, *iii*) que proviene de cualquier órgano del Estado cuando ejerce la función administrativa (a), o también cuando cumple funciones de control o electoral (b), al igual que de los particulares cuando desempeñan las anteriores funciones públicas (c); y *iv*) produce efectos jurídicos»¹⁰.

Nótese que, si se advierten elementos comunes, podría concluirse que el acto administrativo es toda manifestación unilateral de la voluntad expedida en ejercicio de función administrativa y que produce efectos jurídicos. Prescindiendo así de una noción que cualifique los sujetos que expiden el acto y el tipo de efectos que este debiera producir.

En cuanto al derecho privado, existe un uso indiscriminado o confuso de múltiples categorías que es preciso resolver. Primero, más que el acto civil, suele hablarse del *acto jurídico*, definido como la manifestación de la voluntad directamente encaminada a producir efectos jurídicos¹¹. Asimismo, en la doctrina del derecho privado es recurrente que se utilice indistintamente el término *negocio jurídico* para referirse al acto, el cual puede ser unilateral o bilateral¹². De modo que, cuando se menciona el *acto civil* se hace referencia a los actos jurídicos que se configuran en el contexto de relaciones civiles, lógica que se extiende a los actos comerciales.

Teniendo en cuenta esa definición sencilla y útil del acto jurídico, podría plantearse que es un *género* donde se inscriben múltiples *especies*, como los actos civiles, los comerciales, los contratos, incluso, los actos administrativos. No obstante, no se comparte esta idea. En su lugar, se toma parte por la clásica postura de Forsthoff y Obermayer, defendida por Bocanegra Sierra. A su juicio, si bien los actos jurídicos y los actos administrativos son una manifestación volitiva,

⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. Los actos administrativos. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 95.

¹⁰ MARÍN CORTÉS, Fabián G. Concepto de acto administrativo. Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—. Texto inédito. p. 7.

¹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2021. p. 28

¹² Así se observa en las reflexiones de Larenz: «Son negocios jurídicos los actos, en especial las declaraciones, de una persona por lo menos limitadamente capaz, cuya finalidad sea producir efectos jurídicos [...] La doctrina jurídica distingue entre negocios jurídicos unilaterales —a cuyo grupo pertenecen la mayor parte de las declaraciones constitutivas de derecho, como son la impugnación, la denuncia, el consentimiento, el asentimiento—, negocios jurídicos bilaterales o contratos y negocios jurídicos plurilaterales [...]» (LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. pp. 55-56)

en el primer caso tienen origen en la autonomía y la libertad, mientras que en el segundo está delimitada en el ordenamiento jurídico. En sus palabras:

«Constituye, cuando menos, una grave incorrección técnica utilizar esta figura en relación con el acto administrativo pese a la generalización de su uso. Por de pronto, mientras que el negocio jurídico privado se define por constituir una autodeterminación de la persona que pone en vigor una reglamentación que el Ordenamiento jurídico reconoce, el acto administrativo *se caracteriza por la heterodeterminación de la persona que actúa: no hay en él una configuración creadora conforme a la voluntad del sujeto actuante sino que ésta viene dada ya por la Ley que se va aplicar a un caso concreto previsto en el supuesto de hecho de la norma*»¹³ (énfasis fuera de texto).

En síntesis, en ningún caso el acto administrativo corresponde a una suerte de manifestación que se inserta en el concepto de acto o negocio jurídico construido en el derecho privado, pues, si bien es cierto que la *voluntad* es el eje de ambas categorías, no lo es tanto que estas sean equiparables, toda vez que su origen es contundentemente distinto. En realidad, esto comprende una diferenciación epistemológica en cuanto a la génesis de la decisión. Con lo anterior no se pretende evidenciar una entre muchas diferencias entre ambos conceptos, pues se desarrollan a continuación, sino eliminar cualquier idea tendiente a sostener el acto o negocio jurídico como arquetipo del acto administrativo.

3. Fundamento y teleología

Como se advierte incipientemente en el acápite anterior, una diferencia crucial entre los actos civiles o comerciales y el acto administrativo es el principio que orienta su expedición y la finalidad que esta persigue. Mientras que los primeros se fundamentan en la autonomía de la voluntad, los segundos se someten al principio de legalidad, especialmente, a una de sus manifestaciones principales: la competencia. El presupuesto de los actos civiles es la igualdad entre las partes que, en ejercicio de la autonomía y libertad que el ordenamiento les asigna, disponen libremente de su patrimonio. De allí que, comúnmente con el ánimo de satisfacer sus intereses más íntimos e individuales, participan del tráfico jurídico a partir de la celebración de actos o negocios.

Por el contrario, el Estado, a quien solo le está autorizado la búsqueda del interés común, permanece atado a los fines y las rutas que para su actuación disponga el ordenamiento. Esto no significa que las fuentes del derecho administrativo agoten la determinación de cada conducta de la Administración,

¹³ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo. Madrid: Iustel, 2005. p. 43-44.

pues bien existen decisiones discrecionales o predeterminadas en menor medida, pero implica límites sustanciales ajenos a la lógica del derecho privado¹⁴. Sobre este asunto, piénsese en la idea de la libertad contractual del Estado, según la cual, este participa del mercado en condiciones de igualdad y sujeto a las decisiones estratégicas que más le convengan. Si bien es cierto que disfruta de un amplio margen de libertad, en ningún caso esta es equiparable a la autonomía de los particulares, pues el límite inherente es la finalidad perseguida, que siempre corresponderá con el interés común o general¹⁵.

En cuanto a la competencia, es una categoría propia del derecho administrativo. Se trata de un principio que orienta la actuación de cada órgano del Estado y, a su vez, de los funcionarios. Nunca un particular se cuestiona si es *competente* para participar de un acto o negocio, sea civil o comercial, tan solo se ocupa de que este sea válido según los parámetros que impone el ordenamiento. Mejor, el concepto que orienta su actuación es el de *capacidad* que, incluso, se presume de todas las personas. En otras palabras, se trata de un criterio de nulidad de las actuaciones especialísimo de los actos administrativos.

4. Unilateralidad

La distancia entre los actos civiles y comerciales y el acto administrativo también se refleja en el carácter eminentemente *unilateral* del último. Según la doctrina del acto jurídico, este puede ser unilateral, bilateral y plurilateral, conforme el número de sujetos intervinientes. De allí que este concepto integre, entre otros, contratos y testamentos, sin distinción. Por el contrario, pese a las aproximaciones doctrinarias que defienden una perspectiva nueva, según la cual los principios constitucionales como el de participación demandan una nueva

¹⁴ «En la medida en que la regla de derecho deja un margen a la libertad de la administración, se habla de poder discrecional; en la medida en que dicta la conducta a seguir, se habla de competencia reglada» (WEILL, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid; CIVITAS, S.A., 1986. p. 142).

¹⁵ En este sentido, Soro sostiene: «Así, por un lado tenemos que el principio de la autonomía de la voluntad privada surge a consecuencia de la necesidad del desarrollo de la personalidad y dignidad humanas como un medio para satisfacer los intereses de los particulares a través de la estipulación de las normas que crea más convenientes para tal fin. Y por el otro, que el principio de libertad de pactos en la contratación administrativa responde a una necesidad fundamental, que es la consecución del interés general, puesto que, como sabemos, la Administración pública sirve, no a unos fines que le son propios, sino a los que han sido fijados por el ordenamiento jurídico y la sociedad». (SORO RUSSELL, Oliver. El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. Madrid: REUS, S.A., 2016. p. 71).

comprensión de la teoría clásica, pacíficamente la doctrina admite la unilateralidad inherente el acto¹⁶

Este atributo no se identifica porque los actos administrativos produzcan efectos jurídicos exclusivamente sobre terceros. Basta pensar en los actos que reconocen una pensión, pues no solo crean un derecho en favor de un ciudadano, sino que también imponen la carga u obligación de asumir esta responsabilidad de pago periódico para la Administración, que está sujeta a sus propios actos.

Tampoco se observa la unilateralidad en la participación exclusiva del Estado en la etapa de construcción del acto, pues recurrentemente la sociedad, la academia y los destinatarios de un acto administrativo concurren a su elaboración. Realmente, es el *origen* de las decisiones el que permite concluir que los actos administrativos son unilaterales, toda vez que, acorde con la competencia, los actos emanan siempre de un solo órgano o entidad del Estado, sin perjuicio de que otros sujetos intervengan activamente en su producción. Dicho atributo refleja que los actos administrativos son un ejercicio del *imperium* del Estado, capaz de reconocer derechos e imponer obligaciones a terceros. Esta posición es la que, a su vez, implica deberes adicionales como la *motivación* de la decisión, noción ajena a cualquier tipo de exigencia de los actos civiles y comerciales.

Este es un desencuentro adicional entre unos y otros pues solo la Administración es requerida por el ordenamiento para que justifique o legitime sus decisiones por medio de la exposición de la *causa*, es decir, los fundamentos de hecho y de derecho que sostienen la necesidad, pertinencia y oportunidad del acto. En el marco de las relaciones privadas, basta el cumplimiento de los requisitos de validez del acto jurídico para legitimar cualquier tipo de actuación discrecional y caprichosa, lógica de la cual está exenta la Administración.

5. Existencia y validez

El estudio sobre la anulabilidad de los actos permite establecer una diferencia significativa. La teoría general de la nulidad de los actos jurídicos tiene su origen en el derecho civil, que distingue entre la nulidad de pleno derecho y la mera anulabilidad. La primera opera *ipso iure* y no requiere de intervención judicial, mientras que la segunda supone el ejercicio de una acción por parte del titular del derecho y en el término previsto por la ley. Sin embargo, existe una tercera

¹⁶ SÁNCHEZ ZAPATA, Diana Carolina & VERGARA MESA, Hernán Darío. La unilateralidad de los actos administrativos en Colombia a partir del principio de participación en el marco de los procedimientos administrativos. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 51, enero-abril de 2022. pp. 227-259.

categoría que complejiza la discusión en relación con el derecho público: la inexistencia¹⁷.

En la teoría de los actos y negocios jurídicos se ha diferenciado entre los elementos de existencia y los elementos de validez de un acto. Sin los primeros, no puede predicarse la anulabilidad del acto pues, conforme al ordenamiento, el acto nunca existió, siendo este un primer ámbito de estudio. Sin embargo, esta diferenciación no existe en el derecho administrativo, donde, en lugar de hablar de elementos de *existencia* y de *validez*, se estudian exclusivamente *los elementos del acto*. A esto se suma una característica particularísima de los actos administrativos como es su presunción de legalidad.

De modo que, en el derecho público, cuando una autoridad expide un acto, primero se verifica que reúna los elementos de la definición, es decir, que sea una manifestación unilateral de la voluntad con vocación de producir efectos jurídicos. Confirmado que se trata de un genuino *acto administrativo*, se presume válido y, si fue notificado o publicado, producirá efectos jurídicos. Aquello solo podrá alterarse cuando un juez competente, al estudiar los elementos del acto, determine que es nulo. No obstante, no hay duda de que el acto existió y produjo efectos jurídicos mientras se presumía su adecuación al ordenamiento jurídico. Sobre este asunto, Bocanegra Sierra concluye:

«La inexistencia de los actos administrativos resulta, por el contrario, una fórmula jurídica perfectamente innecesaria en el Derecho administrativo. Y ello no ya sólo por su completa carencia de rigor técnico, que los propios civilistas no pueden sino reconocer, como se ha visto, sino también, y principalmente, porque, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, una institución semejante carece por completo en el Derecho público de utilidad alguna, a la vista de la extensión con la que el sistema jurídico reconoce en la actualidad los supuestos de nulidad de pleno derecho»¹⁸.

En síntesis, la inexistencia no es un concepto que se adapte a la teoría general de los actos administrativos, exclusivamente propio de los actos civiles y comerciales. Esto constituye una distancia importante entre ambas categorías.

6. La función administrativa

Aunque por regla general la finalidad de los actos civiles y comerciales se relaciona con el ánimo de lucro y la individualidad, sería obtuso negar que, hoy, los Estados expiden actos administrativos y actos jurídicos con el ánimo de consolidar el interés general. Con esto, se resalta que, en cuanto a los sujetos, no

¹⁷ BOCANEGRA SIERRA. Op. Cit., p. 170.

¹⁸ Ibid., pp. 173-174.

existen diferencias sustanciales entre unos y otros, toda vez que la Administración celebra actos o negocios jurídicos con frecuencia y, según las normas de cada ordenamiento, los particulares también pueden expedir actos administrativos siempre que se encuentren ejerciendo *función administrativa*. De modo que este concepto funciona como punto de inflexión para distinguir entre unos y otros, pues es de una relevancia diferenciadora desde una perspectiva material.

Bibliografía

Doctrina

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo. Madrid: Iustel, 2005. 213 p.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el acto administrativo. 4ª ed. Madrid: CIVITAS., 2012. 247 p.

DROMI, Roberto. Derecho administrativo. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. 1069 p.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. Los actos administrativos. Madrid: Editorial Civitas, 1986. 438 p.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 542 p.

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Concepto de acto administrativo. Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—. Texto inédito. 76 p.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7º ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2021. 607 p.

RETORTILLO BLANQUER, Sebastián. El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2018. 199 p.

SÁNCHEZ ZAPATA, Diana Carolina & VERGARA MESA, Hernán Darío. La unilateralidad de los actos administrativos en Colombia a partir del principio de participación en el marco de los procedimientos administrativos. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 51, enero-abril de 2022. pp. 227-259.

SORO RUSSELL, Oliver. El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. Madrid: REUS, S.A., 2016. 255 p.

WEILL, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid; CIVITAS, S.A., 1986. 185 p.