

LICENCIAS PREVIAS A LA ACCION DE
LANZAMIENTO DEL ARRENDATARIO

Salvamento de voto

Magistrado Jaime Ossa Arbeláez

Y esa premisa vertical, obviamente razonada con apriorismos jurídicos de los cuales se discrepa no sin cierta cautela, aparece trazada dentro de los siguientes parámetros de contextura jurídica y que se entresacan para una mejor metodización organizativa del dissentimiento.

1).- No son estas licencias verdaderos actos administrativos que crean, modifican o extinguen derechos en el patrimonio de

El disentimiento de fondo a la tesis mayoritaria acogida por los restantes Magistrados integrantes del Tribunal, en la sentencia pronunciada en la acción de Nulidad incoada por los señores MARIO CORREA y JUAN DE DIOS CORREA contra las Resoluciones 0087 y 0322 del 30 de abril y 26 de julio del año de 1979, emanadas de la Alcaldía Municipal de Medellín, radica en apreciaciones eminentemente jurídicas que no tocan, para nada, el marco probatorio del proceso ni la naturaleza de la acción escogida por el señor abogado procurador judicial de los actores, que fue a todas luces inadecuada e injurídica.

El fallo, del cual se aparta este escrito, sienta una premisa medular que deteriora lamentablemente, de un solo tajo, parte importante de la estructura jurídica de los controles jurisdiccionales tan caracterizados en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas.

Pregonar, de entrada, "la incompetencia de esta jurisdicción contencioso administrativa para conocer de licencias previas a la acción de lanzamiento de (sic) arrendatario...", es sustraer a la Administración Pública del control jurídico de los actos que le está adscrito a los Tribunales Administrativos, franquear peligrosamente la compuerta de la arbitrariedad, propiciar el desbordamiento del orden jurídico y prohijar el desacato a la normatividad para que sea la misma administración la que juzgue, si en un caso determinado o en ciertas circunstancias especiales, deba o no obrar secundum legem.

Toda la argumentación de la parte motiva del fallo que es objeto del salvamento respetuosamente presentado en estas líneas, está diseñada sobre la base de una especie de apotegma que encabeza la disgregación jurídica de quienes lo suscribieron: "LA INCOMPTENCIA DE ESTA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PARA CONOCER DE LICENCIAS PREVIAS A LA ACCION DE LANZAMIENTO DE ARRENDATARIO...".

Y esa premisa vertical, obviamente razonada con apriorismos jurídicos de los cuales se discrepa no sin cierta cautela, aparece trazada dentro de los siguientes parámetros de contextura jurídica y que se entresacan para una mejor metodización organizativa del disentimiento.

1).- "No son estas licencias verdaderos actos administrativos que crean, modifican o extinguen derechos en el patrimonio de

los administrados, con carácter de ejecutorios y, por ello, no son revisables por esta jurisdicción" (Se subraya).

2.- "Demás de lo anterior, **tanto el procedimiento administrativo de licencia como el abreviado de lanzamiento, se desprenden de un contrato de arrendamiento del derecho privado por lo que su conocimiento no corresponde a esta jurisdicción especial sino a la civil, ordinaria o común** por mandato de los artículos 20, 30-1-a del decreto 528 de 1964". (Subrayas fuera del texto).

Para desarrollar la disensión y enfocar la organización conceptual del salvamento, se juzga oportuno, aún con la brevedad que este escrito se propone, delinear separadamente los dos principales temas que sugiere la sentencia no compartida.

Aspectos generales

Bien sabido es que la administración, en el ejercicio de su actividad, no se desenvuelve con libertad absoluta sino que en el desarrollo de su propio ejercicio debe acatar, con estricta sujeción, el ordenamiento jurídico imperante. De allí que se diga por los administrativistas de todas las tendencias que la actividad de la administración es **limitada**, relievándose con esta expresión la consecuencia primaria de la concepción del Estado de Derecho.

Y esos límites a la administración se han establecido no solo en interés público, sino también en interés privado o particular de los administrados. Justamente y dentro del sistema colombiano, la función de los Tribunales Contencioso Administrativos ha contribuido, de manera formidable, al robustecimiento y protección del derecho inherente al ordenamiento jurídico, cuando las actuaciones de la administración desbordan el mandato legal en que se funda. El contencioso opera imponiendo correctivos cuando se presentan las desviaciones o extralimitaciones de la administración.

Los principios de legalidad del ejecutivo, del control del legislativo y el ejecutivo por jueces independientes, son pilares sobre los que está cimentada toda una estructura jurídica en cualquier Estado de Derecho y en donde los destinatarios del principio de legalidad son, precisamente y de manera exclusiva, los órganos del Estado.

Ese control tiende a verificar la correcta aplicación de las normas y en forma tan imperativa y tan relevante que se da participación real y efectiva a los ciudadanos en la acción adminis-

trativa para lograr la verdadera protección a los administrados frente a la administración. Es que, en verdad, los administrados se encuentran generalmente en una situación de inferioridad en relación al poder administrativo y "a la arbitrariedad de la democracia" como lo expresa Braibant. No existe en el mundo actual algún país en donde no se haya establecido ningún control jurisdiccional en mayor o menor escala.

Dentro de la tipología de las instituciones de control jurisdiccional, la colombiana, con su sistema de dualidad, al igual que la francesa, tiene estructurada la jurisdicción contencioso administrativa con el Consejo de Estado a la cabeza, como autoridad máxima encargada de resolver los asuntos contencioso administrativos que se susciten entre el particular y la administración. Es una jurisdicción soberana que corre paralela a la ordinaria y a quien le incumbe el control jurisdiccional que desarrolla dentro de un esquema, no propiamente enumerativo sino enmarcado en la cláusula general de competencia, o sea una competencia de control jurisdiccional sobre todos los actos de la administración, con exclusión de los que expresamente se señalan en la Ley.

Este preámbulo se sienta como necesaria explicación y como guía imprescindible del examen subsiguiente y al cual debe volverse cada que se medite sobre los puntos que se han entresacado de la sentencia y a los cuales se hace referencia seguidamente.

1º).- Se afirma: **las licencias Administrativas para la viabilidad de la acción judicial de lanzamiento, no son actos administrativos.**

Sería necio discutir sobre las razones y motivos que generaron la expedición de los decretos llamados de congelación de arrendamientos, que no son más que claras manifestaciones de la intervención estatal ante la presencia de movimientos anormales especulativos en un medio de gigantescas cifras deficitarias de vivienda.

Se vio obligado el Gobierno a tomar medidas encaminadas a restringir, que no exactamente a limitar, la propiedad inmobiliaria en cuanto a la tenencia misma se refiere y circunscribiéndolas a los contratos de arrendamiento. Se adoptó el sistema de la licencia administrativa como prerequisite indispensable para la procedibilidad de la acción judicial de lanzamiento y fundamentado en casos diferentes a la violación convencional en que hubiere incurrido el arrendatario.

Las licencias vinieron a constituir, entonces, una especie de control ejercido por la administración para frenar la especulación habitual en los contratos de arrendamiento y en forma tal que se institucionalizó, desde 1956, como condición ineludible para la gestión jurisdiccional ante la justicia ordinaria, y de manera que la provocación de la actividad jurisdiccional del estado se tornaría en francamente ilegítima si no mediara la autorización o licencia gubernativa.

Dentro de un criterio amplio las licencias o autorizaciones no son más que actos de control. En la misma autorización que funciona en las llamadas licencias de policía, o autorizaciones policivas y que en el derecho administrativo se refieren no sólo a la actuación de organismos de entes públicos, sino también a las personas particulares. En ambos casos, como lo sostiene Marienhoff, se trata de actos de control realizados por la administración y que presuponen una limitación a la atribución de obrar o al ejercicio de un poder por parte del administrado.

En términos más sencillos todavía, la autorización es la decisión de la administración por la cual se faculta a una persona para ejercer un derecho.

Sayagués Laso define la autorización como "el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, **para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente**. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la administración, que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo". (Tratado de Derecho Administrativo. 4ª Edición. 1974, Montevideo. Págs. 415). (Se subraya).

El acto de autorización es unilateral, así se requiera la petición del interesado. De todas maneras es previo al acto o al hecho que habrá de realizar la persona autorizada, **la cual únicamente queda habilitada para su ejercicio que es típicamente voluntario. Esto quiere decir que el interesado, a quien se le concedió la licencia o autorización, queda en libertad de actualizarla o abstenerse de llevarla a cabo.**

Y en el caso concreto de las licencias administrativas, la autorización concurre a formar el derecho del peticionario para gestionar la desocupación de su inmueble, sin que ésto implique, strictu sensu, más facultades que las del ejercicio del derecho preexistente en su calidad de arrendador propietario del bien.

Por lo menos, lo anotado en el párrafo inmediatamente anterior es un fiel trasunto de la doctrina sostenida, entre otros, por Marienhoff y Stassinopoulos.

El primero de los autores mentados expresa, a este respecto, que: "La autorización, una vez otorgada, no le atribuye un nuevo poder o derecho al ente o persona respectiva: sólo le atribuye la facultad de ejercitar un poder o derecho ya existente. La autorización solo implica la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un poder" (Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo Perrot. Marienhoff. Tomo IV. Págs. 638-639).

En el mismo orden de ideas y con un criterio similar, afirma Stassinopoulos que "Los permisos no crean nuevos derechos sino que ponen en vigor derechos preexistentes cuyo ejercicio ha sido suspendido a consecuencia de una prohibición de naturaleza general. Es así como se considera el permiso como la abolición de una prohibición general que continúa siendo válida para los otros casos" (Tratado de los Actos Administrativos. Traducción: Mario Rodríguez. Pág. 68).

Dentro de esta visión conceptual es apenas comprensible que se infiera la naturaleza jurídica de la autorización con un carácter eminentemente declarativo y no constitutivo, sin que se descarte la tendencia doctrinaria de quienes afirmen que las autorizaciones o licencias son constitutivas porque en la práctica tanto vale no poder usar de la cosa propia sin permiso de la autoridad, como no poder usar la cosa ajena sin consentimiento del dueño.

Precisamente Bielsa, cuando estudia la clasificación de los actos administrativos atendiendo a su fin, dice que hay actos que tienen por efecto el nacimiento, modificación o extinción de un derecho, actos éstos análogos, en su estructura general, a los actos de derecho privado, pero con la diferencia fundamental de que son "manifestaciones de voluntad de la administración pública, razón por la cual se ha dado en llamarlos negocios de derecho público; tal es la **relación jurídica que se crea en la función pública, en las concesiones y las autorizaciones administrativas.** (Derecho Administrativo. Ed. El Ateneo. Buenos Aires. 1947. Tomo I. P. 286). (Se subraya).

En este sentido y es una opinión muy personal del Magistro disidente, el tipo de autorización o licencia a que aluden los autos, atribuye un derecho al autorizado como inconfundible e

inequívoca manifestación expresa de la administración pública, generadora de efectos jurídicos nuevos y que hace 25 años están suspendidos por los decretos de control de arrendamientos.

Justamente y dentro de este criterio, la expedición del acto de licencia es, para quien suscribe este salvamento de voto, un típico acto administrativo de la administración activa externa, como la llaman algunos autores, porque implica una decisión administrativa propiamente dicha, dictada en ejercicio de las funciones de tal y que refleja la actividad que el órgano administrador desarrolla en su vinculación con terceros. Es una actividad eminentemente jurídica que le atribuye un derecho al administrado **"por lo que la voluntad de la administración pública se expresa entonces como generadora de efectos jurídicos nuevos..."** (Bielsa. Ob cit., pág. 288. Cuarta Ed.). (Se subraya).

También Manuel María Díez, citando la clasificación de Forsthoff en cuanto al contenido del acto administrativo, encuentra como actos jurídicos conformadores los que tienden a fundar, modificar o suprimir una situación o una relación jurídica concreta. En esta categoría incluye, precisamente, las autorizaciones, permisos y licencias **"que crean una situación jurídico-administrativa del destinatario"**, participando esta clase de actos de los que el mismo autor llama "necesitado de coadyuvante" ya que las autoridades administrativas "sólo conceden permisos, autorizaciones, concesiones o títulos a aquellos que los soliciten y cumplan las condiciones requeridas. **La solicitud del interesado puede dar lugar al nacimiento, no sólo de derechos, sino también de deberes.** Si en los actos administrativos necesitados de coadyuvantes falta la cooperación del interesado, se produce la nulidad cuando el obrar administrativo en el respectivo dominio se hace depender, en principio, de la citada cooperación". (El Acto Administrativo. Segunda Edición. Tipografía Editora Argentina S. A. Bnos. Aires, 1961. Págs. 154-155). (Se subraya).

Por lo que puede observarse, se trata de dos concepciones distintas que implican igual número de tendencias doctrinales diferentes sobre la naturaleza jurídica de las licencias o permisos administrativos y que aprecian estos actos como declarativos simplemente o como constitutivos. A no dudarlo, con la primera de las visiones, Marienhoff y Sayagués Laso catalogan los permisos y las licencias como actos de la administración y no propiamente como actos administrativos, posición ésta contraria a la sostenida por Rafael Bielsa y Manuel María Díez, tal como ha quedado es-

bozado muy sucintamente en las líneas anteriores. Y es que dentro del criterio que informa este salvamento de voto, el concepto de acto de la administración enlaza un desenvolvimiento doctrinario de mayor amplitud y de alcances de proyección más amplios e incide en la actividad interna de la administración, vale decir, produce efectos entre los órganos de una persona jurídica pública. De allí que como tales, no están sujetos al control jurisdiccional porque, estrictamente, dichos actos están excluidos del concepto jurídico propio del acto administrativo ya que, como lo dice un autor, "el ordenamiento jurídico se desinteresa por todo aquello que con él no tiene atinencia". (Vitta. Cita Manuel María Díez. Ob. cit., pág. 107).

Por manera que si el acto que se discute en este escrito no tiene operancia dentro del ámbito interno de la administración, sino que se exterioriza hacia terceros produciendo en éstos efectos jurídicos, no tienen porqué catalogarse entre los actos de la administración sino realmente entre los administrativos, ya que la misma administración, así no esté vinculada materialmente con el acto administrativo que emita, el permiso o la licencia para la iniciación de las gestiones en orden a obtener la desocupación de un inmueble, une vigorosamente a la propia administración en forma predominantemente jurídica, con un nexo sui generis que en el mundo contemporáneo viene actualizándose con el intervencionismo del Estado y que ha dado nacimiento a figuras un tanto novedosas como los actos mixtos u oblicuos sobre las cuales más adelante se volverá.

En este aspecto del intervencionismo estatal y los actos administrativos que de él se derivan, el salvamento de voto concretará, en forma más precisa, sus alcances cuando se aborde el estudio del segundo punto señalado al inicio de esta discrepancia.

Hay que agregar, en relación a la opinión de que las licencias son verdaderos actos administrativos lo siguiente, que sobre este tópico anota el fallo y de lo cual también se marca la escisión jurídica. Se trata de la discusión de que por tener las licencias el carácter ejecutorio, dejan de ser actos administrativos.

Ciertamente la ejecutoriedad del acto administrativo no es más que la fuerza ejecutiva del mismo. La ejecutoriedad consiste en una particular vis jurídica, propia del acto administrativo así haya emanado éste de una facultad tan discrecional o no.

La voluntad de la administración pública, afirma Bielsa, tiende a actuarse porque la ejecución de las decisiones administrativas sólo es una proyección necesaria de esa fuerza intrínseca que tales decisiones llevan consigo. (Ob. cit., pág. 242. Tomo I).

Esto, en otras palabras, significa que entre el acto y su ejecución no hay solución de continuidad, sino por circunstancias especiales que en un momento determinado requiera la administración. En verdad la ejecutoriedad del acto constituye un privilegio de la administración, llamado por los franceses "Privilège du préalable", en cuanto que la administración puede atenerse a su propia decisión antes de cualquiera verificación ulterior por la jurisdicción.

Pero que el acto sea o no ejecutorio, o goce o no del privilegio de la ejecutoriedad, no influye para nada en su impugnabilidad. Esto quiere decir que la ecuación jurídica que se ensaya entre la ejecutoria y la impugnabilidad peca, por lo menos, de antitécnica. Ni la ejecutoriedad propia o impropia impregnan al acto de la impugnabilidad en sede jurisdiccional.

Hay actos administrativos que no gozan de la ejecutoriedad y sin embargo a nadie se le ha ocurrido decir que por carecer de esta prerrogativa no son realmente actos administrativos y por lo tanto jurisdiccionalmente incontrolables. El acto que decreta la expropiación y el que liquida un impuesto, constituyen típicos actos administrativos. Stasinopoulos menciona, así mismo, los certificados, las inspecciones en los libros o registros oficiales, etc., fuera de otros tomados en relación con un acto ejecutorio. (Ob. cit., pág. 53).

Y es que sería sencillamente aberrante suponer que un acto administrativo como la autorización o licencia, que no es más que la manifestación unilateral y externa de la voluntad de la administración, para proyectarse entre particulares, asumiera la característica de la ejecutoriedad ya que, como antes se anotó, el administrado puede o no concretar el derecho que la licencia le confiere y se llegaría al absurdo de compeler al ciudadano al inmediato ejercicio del derecho o facultad que le confiere, desnaturalizando la estructura jurídica de su proyección eminentemente facultativa.

2º).- **El procedimiento administrativo de las Licencias se desprende de un contrato de arrendamiento de derecho civil y su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.**

Abordar este tema en su integridad, sería emprender un estudio harto prolijo y se quiere innecesario para los efectos de este salvamento. De allí que se tratará de imponer brevedad en la especulación jurídica y parquedad en la extensión de las reflexiones.

Es incuestionable que en el derecho administrativo moderno vienen surgiendo fenómenos desconocidos en la escuela liberal del laissez faire con la irrupción del estado intervencionista en las relaciones jurídico-patrimoniales de los individuos y en forma tan relevante que puede decirse, sin temor a equivocación alguna, que el pensamiento jurídico universal se ha visto en la necesidad ineludible de ocuparse del estudio de dichas relaciones comenzando, como lo dijera algún autor europeo, por entrelazar a tales efectos normas de derecho administrativo reguladoras de las relaciones de derecho privado, con disposiciones de derecho privado de obligatoria observación.

La intervención del estado se impuso unilateralmente por el mismo valiéndose de su propio poder y ante la natural y evidente condición humana del egoísmo que no tiene interés que su propio beneficio. De esta idea, un tanto elemental si se quiere, provienen formas jurídicas emanadas del mismo estado como el acto administrativo unilateral y la propia construcción del concepto de la administración intervencionista, basada en una igualdad bien distinta a como lo entiende el liberalismo clásico. Es como dijera Gygi, una igualdad que logra aproximarse mucho más a los seres humanos. Si antes había una limitación normativa destinada, en la concepción del derecho público, casi exclusivamente a proteger al individuo contra el poder estatal, hoy en día se le efrece a los administrados una ayuda contra la opresión ejercida de las fuerzas sociales.

Ya, como acertadamente lo expresara el mismo Gygi, profesor de la Universidad de Berna, los derechos constitucionales no pueden contentarse con pretender ser y continuar siendo los hitos fronterizos que marcan la divisoria entre el ámbito estatal y el individual. Actualmente, en cambio, resulta que, por efecto de la intervención de un tercer elemento, se pretende compeler a los sujetos de derecho privado a que contraigan nuevas obligaciones en el ámbito de sus relaciones recíprocas.

Claude du Pasquier, George Ripert y Otto Bachof, citados por Fritz Gygi en un extraordinario trabajo académico presentado a la Comisión Internacional de Juristas con Sede en Ginebra, en la

primavera de 1962, han puesto en claro que la legislación social establecida en beneficio de los económicamente débiles, está realmente destinada a crear mediante la intervención del Estado, situaciones de igualdad formal al efecto de restablecer la igualdad económica. (El Ordenamiento Jurídico y Social Contemporáneo. Rev. Cit., pág. 9).

De lo anterior resulta que en la actualidad no es precisa la ecuación clásica de derecho público —acto administrativo y derecho privado-contrato—. “Las relaciones contractuales privadas, en las cuales la intervención de determinados factores sociales virtualmente poderosos han trastornado la relación de fuerzas entre las partes en forma tal, que de hecho existe una superioridad por lo que respecta a una de ellas en lugar de la situación de igualdad, aparece frecuentemente penetradas de normas de derecho privado de obligatoria observancia, o, en otros casos, **el Estado ampara por medio de normas administrativas reguladoras de relaciones jurídicas que son de derecho privado, el interés colectivo o el interés de la parte contratante más débil**”. (Fritz Gygi, Rev. Cit., p. 13).

Todo ésto ha traído necesariamente una considerable transformación interna de la relación jurídica individual pues ya el Estado no acude únicamente a normas represivas de la misma índole, sino que ofrece y vigoriza su intervención en orden a lograr una sociedad más humanitaria que se aproxime, como antes se dijo, a los verdaderos intereses de los seres humanos.

En este sentido la administración está encaminada a corregir procesos de índole social insatisfechos con normaciones intervencionistas dirigidas a la actividad eminentemente privada y en orden a lograr el mantenimiento de una estructura socio-jurídica que está anclada en el derecho público moderno. Esa intervención da lugar a que algunos autores hablen de la “irrupción del derecho administrativo en la ensambladura básica de la zona de la libertad contractual, base del derecho privado, empleando como medio adecuado a este objeto el contrato controlado por el Estado, partiendo del hecho comprobado de que el Estado, en su calidad de defensor del interés público o del interés de la parte contratante más débil, interviene en el momento de la formación de la relación jurídica”. (J. Darbellay. L'action du pouvoir sur L'évolution du droit. Cita Gygi. Rev. Cit., pág. 33).

Surgen aquí, justamente, lo que el citado profesor suizo llama las relaciones verticales y horizontales. Las primeras entre

el Estado y el administrado de donde es apenas obvio pensar, en sentir del Magistrado discrepante, devienen los clásicos y tradicionales actos administrativos como típicas manifestaciones unilaterales de voluntad de la administración, susceptibles de producir efectos jurídicos.

Las relaciones horizontales en el ámbito del derecho público y concretamente en el campo administrativo pueden pensarse, si se quiere, ocasionales cuando la presencia del Estado se deba a una situación regida por el derecho común como sería el caso de aquellas entre estado y ciudadano, nacidas de un contrato ficto de tipo laboral, de una convención colectiva, de un contrato civil de la administración. V.gr., una compraventa de un bien inmueble que se transfiera una entidad pública a un particular.

Pero como esa relación horizontal aparece, en el último evento propuesto, surgida de un acto administrativo llamado “autorización” para un acto jurídico, se presenta la relación mixta u oblicua entre la misma administración y el particular, en forma que el acto generador de la interrelación puede controlarse jurisdiccionalmente.

De igual manera, es factible, que el fenómeno de la relación horizontal entre ciudadano y ciudadano, emane de un acto administrativo producido por la acción intervencionista del Estado y de efectos exclusivos entre dichos particulares.

Así mismo las relaciones horizontales entre ciudadano y ciudadano, en donde la formación jurídica es fruto de la intervención del Estado, la idea de la libertad contractual se presenta falseada si se depara en las circunstancias de que el establecimiento de normas precisamente intervencionistas cede el paso al derecho administrativo. Esto es, en verdad, lo que no logró captar la sentencia que salió avante.

En la forma anterior se crea el llamado **contrato ordenado por la administración** —y que no escandalice la locución— en donde en el caso a estudio viene a ser el de arrendamiento entre particulares y en el que se hace caso omiso de los convenios privados sobre el plazo pactado para su terminación, configurándose de esta manera la prórroga indefinida.

Sin embargo, no porque el fenómeno de la dependencia horizontal, aparecido por acción del intervencionismo, del Estado, de trascendencia única en las interrelaciones privadas y en donde

la administración se margina de esa relación; no obstante haber producido el acto, puede llegarse a afirmar que hay una total separación de la administración de manera tan protuberante que ese acto sea eminentemente privado y en consecuencia irrelevante para el contencioso administrativo. En esa relación de apariencia señalada como exclusivamente privada, está circunscrita la actividad estatal y de allí que su regulación no pueda ser ubicada dentro de una concepción privatista conforme se acentúa en el fallo que se repara.

En las licencias administrativas previas a la gestión judicial de lanzamiento no existe ciertamente una relación vertical de tipo clásico entre el Estado y el ciudadano, ni una relación exclusivamente horizontal, como lo cree la sentencia, sino una relación mixta u oblicua de sabor predominantemente intervencionista e imposible de conseguirla en el derecho civil.

Es que, sinceramente, no es posible negar que en el mundo moderno exista una tan manifiesta influencia del derecho público sobre el privado y de manera tan formidable que se omíta la dicente expresión de la publicización del derecho privado y que revela hasta donde es de extremadamente vigorosa la ingerencia de la administración pública en el campo de la autonomía particular. En Alemania, Francia, Argentina, Suiza, España, para no traer sino unos pocos ejemplos, se encuentran notorias manifestaciones de este tipo en lo que concierne el control de la propiedad privada. Se ha limitado la libertad contractual en el señalamiento de los precios de arriendo ante la especulación consecucional de la deficiencia habitacional.

En Suiza, por ejemplo, expertos del Consejo Federal se han ocupado de este problema en orden a lograr la adopción de medidas eficaces para combatirlas. En España, aún vulnerando los preceptos del Código Civil, desde 1931, en los llamados contratos de inquilinato, se prorrogaron los convenios de arrendamiento de viviendas y desde la Ley 31 de 1946 se hizo en forma obligatoria para el arrendador y solo de manera potestativa para el arrendatario, "salvo llegado el plazo pactado expreso, o tácitamente hay que sobreentenderse, y si concurren estas dos causas: 1º Por necesitar el arrendador para sí la vivienda o local de negocio, o para que los ocupen sus descendientes (la nueva Ley de 1946 incluye a los naturales) o ascendientes consanguíneos; y 2º Por proyectar el derribo de la finca para edificar otra que cuente, cuando

menos, con un tercio más de viviendas que en ella hubiere en el edificio que se pretende derribar". (Sabino Alvarez-Gendín. Tratado General de Derecho Administrativo. BOSCH, Casa Editorial Urgel, 51 bis-Barcelona. 1958. Tomo I, Pág. 101).

En Alemania, luego de la segunda guerra mundial y ante la alarmante escasez de la vivienda, el Estado intervino de tal manera en la regulación de la tenencia sobre habitaciones, que se establecieron los denominados "contratos dictados", en los cuales se prerredactaba el texto mismo de los contratos de arrendamiento.

También en Colombia un clásico intervencionismo estatal lo han constituido los decretos sobre congelación de arrendamientos que han venido siendo expedidos desde 1956, constituyendo las licencias administrativas, un sistema de control estatal.

Dentro del mismo orden de ideas la intervención estatal en actividades de urbanización y construcción de vivienda, se inició, así sea tímidamente, desde la expedición del decreto legislativo número 14 de 1955, pero lo más propiamente y de manera directa desde cuando fue dictado el decreto 2181 de 1964. Allí se hizo el primer esfuerzo para la inspección y vigilancia sobre las personas o entidades que acometieren empresas urbanísticas o de construcción o financiación de viviendas, tanto en áreas rurales como urbanas y cuyo control se le adscribió, en ese entonces, a la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

No se comprende, entonces, la afirmación que se hace de que por desprenderse la licencia de un contrato de arrendamiento, su conocimiento no corresponda a esta jurisdicción, como sí la licencia configurara un acto intachable para el administrado al cual se le cierran las puertas del control jurisdiccional y a pesar de que en su expedición se hubiere presentado manifiesto abuso de poder, o se hubieren puesto en práctica trámites ilegales u omitidas las garantías gubernativas del Decreto 2733 de 1959. ¿No habrá, entonces, garantía alguna para el administrado? ¿Qué medio idóneo le brindaría el Estado a quien, de manera abiertamente caprichosa, se le hubiere denegado la expedición de la licencia? ¿Y a quién recurrir si el favoritismo imperó en su expedición con grave omisión de la observancia de los Decretos 2770 de 1976, 063 de 1977, 2923 de 1977 y 2813 de 1978?

Son estos interrogantes que se quedan sin respuesta alguna de seguirse la tesis rectora del fallo materia de disconformidad.

Es que, definitivamente, la idea de la contractualidad en la relación tenencial de la que está impregnada la providencia, no puede llevar al desconocimiento del control jurisdiccional del que concede la licencia. **Con la licencia no se coloca a los particulares entre sí sino que se coloca a los ciudadanos frente a la administración pública. Es el carácter público de la restricción que implica la licencia, el que mira al interés general de la comunidad y por lo tanto no incursiona, de manera exclusiva, en el ámbito del derecho privado como lo asevera el fallo.**

La investigación académica relacionada con los actos horizontales, verticales y oblicuos o mixtos, como lo llama Gygi se hizo posible gracias a lo que brevemente apuntó el profesor Mario Rodríguez en sus "Notas para un curso de derecho administrativo general", que aparecen publicadas en la Revista Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Antioquia. Allí el doctor Rodríguez expresó lo que sigue: "Por último, el autor suizo Fritz Gygi anota cómo el intervencionismo de Estado ha dado nacimiento a una nueva clase de actos administrativos de carácter individual, éstos, en su tipismo tradicional, producen efectos jurídicos entre la administración y los particulares, y los denomina verticales; en cambio, algunos del intervencionismo producen efectos jurídicos exclusivamente entre los particulares, permaneciendo la administración marginada de la relación; a éstos los denomina oblicuos.

"El autor no examina las consecuencias; se limita a registrar la novedad del fenómeno; **tampoco la doctrina se ha ocupado del asunto;** en mi opinión, de ahí se derivan dos importantes consecuencias: a) La Administración nunca podrá ejecutar por sí misma este tipo de actos oblicuos; el particular beneficiario que quiera hacer efectivo lo dispuesto, tendrá que acudir al juez civil y b) El particular agraviado si va a entablar demanda en acción de plena jurisdicción, debe, si pretende indemnización de perjuicios, dirigirla contra la administración, no obstante su marginamiento de las relaciones jurídicas creadas, porque no es de la índole de la jurisdicción contencioso-administrativa dirimir controversias entre particulares". (Rev. Cit., Vol. 1, número 2. Octubre de 1980. Se subraya).

Deliberadamente se han dejado de lado en este salvamento de voto las apreciaciones adjetivas que contiene la sentencia y relativas a la inoficiosidad de discutir en el contencioso el acto controvertido que, en sentir del fallo, "tiene como único destinata-

rio al Juez Civil y como única finalidad y objeto garantizar la seriedad del proceso abreviado de lanzamiento", amén de que resulta contrario al derecho "prestar la jurisdicción dos veces para examinar, discutir y apreciar las condiciones de validez de estas licencias, generando dos sentencias, una civil y otra administrativa, quizá (sic) con contenidos distintos y contradictorios". Son, realmente, estimativos lanzados sin contenido conceptual que dejaron expósito su enunciado y huérfano su desarrollo jurídico.

Como nota marginal ha de observarse, finalmente, que en el caso sub-júdice, así se trate de una simple acción de nulidad y sin lugar a dudas equivocada su elección, dado el restablecimiento automático del derecho que deviene de su prosperidad, el Tribunal no integró el contradictorio por pasiva conforme a los delineamientos del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil aplicable al caso controvertido por mandato del artículo 282 del C.C.A. y siguiendo los derroteros que sobre el particular sienta el Consejo de Estado. (Auto de agosto 20 de 1979. Consejero ponente doctor Galindo Pinilla. Extractos Jurisprud. Tomo II, 1979, página 429).

Concluye este salvamento de voto con el ofrecimiento de una futura e inmediata declinación conceptual ante la presencia de otros argumentos jurídicos que obliguen razonadamente a abandonar las tesis que, con algún atrevimiento, se ha arriesgado a formular en este escrito el Magistrado disconforme. Todo con el mayor respeto y el máximo acatamiento a los restantes ilustres miembros integrantes de la Corporación.

El tema, no obstante haber surgido hace cinco lustros, se presenta paradójicamente desconocido.

Con todo comedimiento,

Jaime Ossa Arbeláez, Magistrado.

Ernesto Tamayo M., Secretario.

Medellín, abril 22 de 1982.