

CAUSALES DE IMPUGNACION JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

## VIOLACION DE LA LEY COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Profesor: Jairo E. Duque Pérez.

Además de los vicios de ilegalidad específicamente señalados y estudiados, el acto administrativo está afectado cuando su *contenido* está en contradicción en todo o en parte, con las normas jurídicas preestablecidas que constituyen las fuentes de la legalidad administrativa.

Todas las causales de nulidad implican una violación, un desconocimiento de la ley. En efecto, la incompetencia es una violación de la ley que señala las atribuciones de los órganos administrativos; el vicio de forma entraña desconocimiento de la ley de procedimiento; y, la desviación de poder es adulteración de la finalidad o espíritu de la ley. Pero concretamente se hace referencia bajo la denominación de "violación de la ley" que otros denominan "violación de la regla de derecho", a todos aquellos casos en que el contenido del acto administrativo, es contrario a normas jurídicas de carácter superior.

La Constitución y la Ley señalan una "escala" de normas jurídicas que parte de la Carta Fundamental y va hasta las providencias que dictan los subalternos de la administración municipal. Todo acto administrativo, atendiendo a su naturaleza, debe ajustarse a lo dispuesto por las normas superiores en los distintos grados de obligatoriedad según la jerarquía aludida. Dice el art. 240 del C. de R. P. y M.:

“El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior.

“En asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes de los superiores.

“Cuando la ley autorice al Gobierno o algún empleado del orden político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la Ley u ordenanza en virtud de la cual se expidieron.

“Si el conflicto es entre leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere a la de mayor categoría”.

Para una debida comprensión del vicio en estudio, se impone en primer lugar, la necesidad de precisar el concepto de “Ley”. Este concepto puede apreciarse por su aspecto *formal* o desde el punto de vista *material*; formalmente ley es todo acto emanado del Congreso y en cuya expedición se han actuado las formalidades y tramitaciones señaladas por la Constitución. Por el aspecto material se considera “ley” todo acto estatal creador de situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas.

La “violación de la ley” como motivo de impugnación del acto administrativo impone la adopción del criterio material. En consecuencia, todo acto administrativo debe ceñirse a las normas jurídicas de carácter superior, creadoras de situaciones jurídicas generales.

La violación de simples “instrucciones de servicio” actos que no envuelven propiamente decisión y son normas de orden interno destinadas a regir el funcionamiento de un servicio estatal, no generan la causal de nulidad en comento.

Contra lo que usualmente se practica, la Administración debe respetar los reglamentos que ella ha consagrado y se tipifica entonces la causal de nulidad, cuando se viola el mismo reglamento adoptado por la Administración a menos que previamente se derogue. Igualmente la aplicación del reglamento no puede convertirse en una dispensa para casos especiales; ello implica violación del orden jurídico y da derecho a los particulares para accionar contra el acto particular que así se expida.

## VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS SUPERIORES DE DERECHO

Como es sabido, hay un espíritu general que preside el derecho objetivo y a la vez sirve de pauta al juez en la decisión de los conflictos que están bajo su conocimiento. Los romanos y los griegos desde la antigüedad, distinguían lo natural y lo puramente legal de la justicia. La idea de justicia se apoyaba en la naturaleza de las cosas, en la naturaleza humana. Dice Cicerón en “De Legibus, lib. I 16, 43 “si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación del testamento, siempre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular”... “la ley es la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente, la regla de lo justo e injusto”.

Hay pues un conjunto de principios que no están propiamente legislados pero que son el fundamento mismo, del derecho positivo. Debe el acto administrativo conformarse con esos principios, y ser su violación causal de nulidad susceptible de encuadrarse en el motivo de nulidad que estamos analizando?

Dada la función pretoriana del Consejo de Estado Francés, esta entidad a falta de texto expreso, invoca los principios generales de derecho considerándolos verdaderas reglas objetivas que se imponen a su voluntad (1).

De acuerdo con la teoría de la *plenitud hermética del derecho*, si pueden presentarse lagunas en la ley, ello no puede suceder en el derecho. El legislador colombiano mucho antes de estructurarse esta teoría la había intuído en la Ley 153 de 1.887 cuando ordena en el art. 8º que a falta de ley exactamente aplicable al caso controvertido, “se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las *reglas generales de derecho*”.

### *Naturaleza de la violación de la ley.*

La violación de la regla de derecho puede presentarse en los casos siguientes:

(1) Letourneur “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.”

- a) Cuando el acto administrativo la desconoce *directamente*.
- b) Cuando el acto administrativo la contraría *indirectamente* por error de interpretación o error de derecho; y,
- c) Cuando el acto administrativo la hiera *indirectamente* por error de hecho (falsedad en los motivos del acto). (2).

Nos referiremos brevemente a cada una de estas modalidades:

a) *Contradicción directa de la ley.*

Es la oposición notoria, el desconocimiento flagrante de una norma jurídica de carácter superior por el acto administrativo objeto de la impugnación jurisdiccional. Surge de la simple comparación del acto administrativo y la disposición superior.

b) *Error de interpretación.*

En este evento ya no se presenta oposición entre los dos textos (acto administrativo y norma superior), sino en el espíritu de ellos. Nace cuando mediante la aplicación de los principios jurídicos sobre interpretación de la Ley, se llega a la conclusión de que el acto acusado es contrario a la norma de carácter superior.

El estudio de esta modalidad a diferencia de la anterior, implica razonamientos más de fondo para poder el Juez administrativo inducir la causal de nulidad.

c) *Falsedad o ilegalidad de los motivos del acto.*

Entendemos por "MOTIVOS" los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto que han impulsado a su autor a producirlo. La motivación del acto será entonces la declaración en su texto, de las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la Administración a su emisión.

(2) Para Argañarás la violación legal puede ser de tres maneras: 1º) Cuando la autoridad administrativa al producir el acto se aparte DELIBERADAMENTE, en todo o en parte, de la norma legal que rige el acto; 2º) Cuando al producirse el acto, incurre en una equivocada interpretación, o sea, en *error de derecho*; 3º) Cuando por *error de hecho* acerca de la existencia, o de la apreciación de las circunstancias que, según la norma legal, debían determinar la producción del acto, ha incurrido por ello en una falsa aplicación de la norma.

Los actos administrativos deben ser motivados, es decir, deben expresar las causas que los determinan salvo excepcionales casos, como los actos tácitos, en que no es posible tal motivación. Con la motivación la Administración Pública hace más recta, clara y despejada su actuación y ofrece como lo dice García Oviedo, garantías de su imparcialidad y de la procedencia del acto. (3).

La falsedad de los motivos no implica ya un error de derecho como en los anteriores casos, sino un error de hecho y se presenta cuando los motivos expuestos como fundamento del acto, resultan inexactos, contrarios a la realidad.

La doctrina tiene establecido que esta forma de ilegalidad reviste las siguientes modalidades: a) por *ausencia total* de las circunstancias de hecho previstas por la ley como fundamento del acto; b) por no tener los motivos en que se fundó el acto, la trascendencia que les atribuye la ley y haber subvalorado su implicancia el órgano administrativo. La primera modalidad supone una facultad reglada de la administración en cuanto una norma había precisado los motivos que podían determinar la expedición del acto; la segunda en cambio, puede encontrarse aún en actos discrecionales de la Administración pues como bien lo anota Guiccardi, citado por García Oviedo (4), la oportunidad de la motivación, crece en razón directa a la discrecionalidad del acto.

La motivación del acto se justifica en la consideración de que la gestión de la Administración debe estar presidida por los principios de la ética y la recta orientación hacia el bien común; no es aceptable que la Administración Pública puede actuar sobre la mentira, partiendo de bases falsas o inexistentes y por ello se puede considerar como lo comenta Waline que "toda vez que se haya probado que la medida administrativa ha sido tomada a consecuencia de una falsa apreciación de los hechos que habrían podido motivarla legalmente, dicha medida se anulará por exceso de poder". (5).

(3) Derecho Administrativo, 6ª edición, tomo I, pág. 237.

(4) Ob. citada, pág. 238.

(5) Rollan anota sobre lo mismo: "en el estado actual de la jurisprudencia el examen por el Consejo de Estado de la legalidad de una decisión implica el de los motivos. La ilegalidad de los motivos entraña la anulación de la decisión". Agustín A. Gordillo en su obra "El Acto Administrativo" (pág. 313) precisa más el fundamento de la motivación del acto al decir "La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de Derecho: no creemos en consecuencia que

Por otra parte, la motivación del acto administrativo permite el examen jurisdiccional de su regularidad y es a la vez pauta que el Juez tiene en cuenta para decidir sobre su legalidad. (6).

Nuestra doctrina y jurisprudencia confundieron inicialmente, la ausencia o falsedad de la motivación con la "desviación de poder", vicio este último que se refiere al fin del acto administrativo y que por su carácter subjetivo deja con aparente regularidad, desde el punto de vista externo, la decisión administrativa (7); en cambio, la motivación alude como se ha visto, a las circunstancias de hecho o de derecho que debe tener en cuenta el funcionario al proferir las providencias administrativas; si tales motivos no se dan, el acto es nulo por falta de motivación.

El primero en mencionar esta causal de nulidad como fundamento del recurso por "exceso de poder" (acción de nulidad o de plena jurisdicción en el derecho colombiano), fue el tratadista francés Maurice Hauriou quien al principio encontró serias resistencias, hoy ya no se discute la necesidad de que, los motivos del acto administrativo se ajusten a la realidad; y el criterio de los tratadistas y de la jurisprudencia es unánime al respecto.

Jean Appleton desde 1.927 se expresaba así: "El control jurisdiccional de los administrados sobre los actos de la Administración sería muy insuficiente si no se pudiera lograr la anulación de un acto fundado en hechos manifiestamente inexactos, y muy precaria si fuera suficiente a un hábil administrador inventar los hechos o disfrazarlos para poner una decisión incorrecta al abrigo de la censura del Consejo de Estado".

Nuestra jurisprudencia a partir de la vigencia del actual C. C. A., ha seguido esta orientación. En 1.947 dijo el Consejo de Estado sobre la

la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos o intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos, a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los actos administrativos o denegatorios de derecho", es indiscutible e indiscutida la necesidad de una motivación razonablemente adecuada".

(6) Rafael Bielsa le da ese fundamento a la motivación del acto, dice así: "El Poder Administrador debe explicar la conformidad de sus actos con la Ley. Y no sólo debe explicarla por virtud del gran principio general según el cual toda administración sometida al derecho en un régimen republicano representativo debe dar cuenta de sus actos, sino porque esos actos están sometidos al control jurisdiccional por Tribunales Contencioso-Administrativos o Judiciales, y no sería posible examinar su legitimidad para considerarlos, ni en caso contrario para anularlos, si no se explicasen los motivos, es decir, su causa, su validez". (Derecho Administrativo T. II, pág. 35).

(7) Gabino Fraga distingue la *ilegalidad de los fines* (desviación del poder) de la falta o indebida interpretación de los motivos (Derecho Administrativo, p. 220).

acción de nulidad de un decreto de destitución de un funcionario público, falsamente motivado: "... lo que realmente sucede es que el Gobierno designó reemplazo en la Oficina Seccional del Trabajo, afirmando que la revocación del nombramiento era hecha por renuncia del titular. Como el actor afirmó en su demanda que no era cierto que la renuncia se produjo, según las pruebas que obran en el expediente, es indudable que el acto acusado es nulo porque se funda en un motivo que no es cierto, que no es fundado y por consiguiente el Decreto se destruye a sí mismo, se torna ilógico y contradictorio. La razón es muy clara: el Gobierno NO TENIA LA NECESIDAD DE DAR EXPLICACION O FUNDAMENTAR LA MEDIDA QUE CONTIENE EL DECRETO ACUSADO, ya que podía legalmente destituir al Dr. N. N., en uso de la facultad discrecional; pero no hizo uso de esta facultad, sino que motivó la separación del actor del servicio público, en un hecho que no resultó ser cierto".

Y en salvamento de voto de diciembre de 1.955, posteriormente erigido a jurisprudencia que se ha venido reiterando, expresó la misma Corporación:

"La facultad discrecional de que goza la Administración pone en sus manos el poder retirar a un funcionario sin que para ello necesite dar explicaciones. Pero es igualmente cierto QUE CUANDO LA ADMINISTRACION EXPRESA MOTIVOS PARA PRESCINDIR DE LOS SERVICIOS DE UNA PERSONA, ESTOS DEBEN ESTAR INSPIRADOS EN HECHOS VERDADEROS. Entre otras razones que existen para ello, hay una elemental: si la jurisdicción contencioso-administrativa como parece olvidado, es el control o freno de la Administración, para evitar los excesos en que ella puede incurrir, considera amparados por la presunción de legitimidad todos sus actos, tiene el deber de pedirle también que sea verdadera en los motivos que invoque para tomar una determinación, pues de lo contrario no haría cosa distinta de colaborar en el relajamiento de esa Administración. Si comienza por robustecer con su autoridad las mentiras de aquélla, abre brecha cuyos resultados nocivos es difícil prever. Un agente público que funda sus actos en la mentira no puede tener en manera alguna, la confianza de los administrados. Y al tolerarse, por esta jurisdicción, semejantes proceder, se aparta de los fines que le son propios y fomenta el desequilibrio democrático" (8).

(8) Anales del Consejo de Estado, Tomo LXI - BIS, pág. 126.

recho es una interpretación y aplicación de la ley y, por otra parte, porque ella viene a establecer una situación legal sobre la cual se apoyan los derechos adquiridos". (14).

Si la sentencia es pues la concreción de la ley, su aplicación a un caso particular y por otra parte se apoya en la presunción de derecho de que ella decide con verdad el litigio, su desconocimiento por la administración entraña una violación de la ley. Igualmente si en los juicios contencioso-administrativos, las decisiones de los organismos jurisdiccionales (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos) son típicos actos jurisdiccionales que vinculan a la Administración y al particular con tendencia de conformidad con lo estatuido por los arts. 99 y 120 del C. A., su desconocimiento o violación implica la violación de la ley sustantiva.

Algunos ordenamientos jurídicos foráneos han elevado a causal de nulidad el desconocimiento de la cosa juzgada. Así por ejemplo, en el estado de Santa Fe (de la República Federal Argentina) se dispone:

"Contra la decisión administrativa que se opusiere al cumplimiento de la sentencia y que no fuere justificada de acuerdo con las disposiciones de este capítulo, procederá al recurso por ilegitimidad. (15).

#### LA DESVIACION DE PODER

La función administrativa es jurídica y lleva siempre implícitos los fines que ha creado el Estado de derecho: dar satisfacción al bien colectivo. Cuando el funcionario público dicta un acto sin impregnarlo del fin general o específico de la función que se le ha asignado, es evidente que ha puesto en contradicción dicho acto con el orden jurídico y ha despojado a su decisión del carácter jurídico que necesariamente debe tener, mostrando en este comportamiento, una intencional arbitrariedad.

Según lo anterior hay *desviación de poder* cuando el órgano administrativo, obrando dentro del campo de sus atribuciones y respetando las formas establecidas en la ley, toma una decisión administrativa (generalmente: "Por excepción, en algunos casos la motivación sólo puede ser ultermente acto jurídico) para la cual estaba autorizado con miras a un fin

(14) En el mismo sentido opina Giorgi, ob. c. pág. 207.

(15) Cita de Argarañás. Ob. c. pág. 431.

contrario e incompatible al *fin específico* previsto en la norma (expresa o implícitamente) o al *fin genérico* que motiva su competencia; o, empleando las palabras de Jean Dabin, hay desviación de poder cada vez que el titular de un derecho función pone al servicio de un fin distinto al de su función, el margen de libertad de acción o de poder discrecional que se le ha otorgado (16) y (17).

Estatuye el art. 66 de la Ley 167 de 1.941 que la acción de nulidad procede contra los actos administrativos... "*cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere*".

Esta causal de invalidez del acto administrativo, a diferencia de la incompetencia, vicios de forma y violación de la regla de derecho, es típicamente subjetiva en el sentido de que el Juez administrativo fiscaliza al menos en cierta medida, lo más íntimo del acto, las intenciones que movieron al autor, lo que no acontece con las demás causales que son, estrictamente hablando, *objetivas* porque dispensan al fallador de un análisis subjetivo o psicológico de los propósitos que guiaron al funcionario público en la expedición del acto administrativo. (18).

La teoría de la desviación de poder que Josserand denomina "desplazamiento de poder" está apoyada en la consideración del fin como elemento esencial del acto administrativo, consideración ésta que se ha

(16) "Derecho Subjetivo", pág. 309.

(17) Dice Alibert (Le contrôle juridictionnel de l'Administration) que "la desviación del poder (détournement de pouvoir) es el hecho del agente administrativo que realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario calificado tenía el derecho de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquél en vista del cual le han sido conferidos, o para retener la fórmula de la jurisprudencia, para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio. La teoría de la desviación de poder es la defensa de la moralidad administrativa". Ob. c. pág. 236.

(18) Como dice DE LAUDEBERE, "esta investigación es esencialmente diferente a la simple confrontación con la regla de derecho de los elementos objetivos del acto, tales como la competencia, la forma o el contenido. Aquí se trata de investigar las intenciones subjetivas del agente público, sus móviles psicológicos". (Traté élémentaire de Droit administratif, pág. 389).

tenido por la doctrina como una de las más grandes conquistas del derecho público moderno ya que ha contribuido eficazmente, como lo anota Sayagués Laso, a eliminar el concepto autoritario del gobierno (19). Es el más fervoroso reconocimiento que se ha hecho a las nociones de "MOVIL" y "FIN" en el derecho y el eje o núcleo de la doctrina del Consejo de Estado francés llegándose a decir de ella, que es "la más armoniosa construcción jurídica que se haya erigido en la plenitud de su jurisdicción soberana". (20).

Aunque la teoría según lo anotado, tuvo su origen en el derecho administrativo ella tiene un alcance general que desborda el campo de esta disciplina jurídica y se extiende a otras ramas del derecho y abarca no sólo los actos jurídicos de la administración pública, sino aún sus actividades materiales. (21) y (22).

El mayor auge de la teoría se presentó en Francia a principios del siglo, en vista de que era propicia para atacar actos administrativos

(19) Ob. cit. pág. 441, Tomo I.

(20) Josserand "El espíritu de los derechos y su relatividad", pág. 126.

(21) Dabin en su obra citada considera los siguientes casos entre otros, como aplicación de la doctrina de la desviación de poder en el derecho civil: ejercicio abusivo de la potestad paternal, tutelar e inclusive potestad marital que para Josserand son casos típicos de Abuso de los Derechos. La afinidad entre las dos figuras (abuso de derecho y desviación de poder) es indiscutible y ella ha sido advertida por muchos autores especialmente en el campo civil por Demog, y Hauriou en el administrativo. Para este autor las dos teorías se derivan de la idea de que, en la vida social, toda institución tiene un fin que no pueden desviar ni los particulares ni los administradores; si están pues, destinadas a realizar la noción de fin en el derecho, tienen forzosamente, que estar emparentadas. La principal diferencia que se advierte entre estas figuras es la siguiente: la desviación de poder finalizar con la anulación de la decisión ejecutoria incriminada; mientras que la acción fundada en un abuso de derecho tendería simplemente, a la obtención de una indemnización, a una reparación de perjuicios.

(22) La institución de la desviación de poder está íntimamente vinculada con el tan delicado tema de LA CAUSA. En el campo del derecho administrativo Hauriou, Beling, Bodda entre muchos otros, son partidarios de la teoría de la causa. El primero que fue de los que inició el tratamiento de este punto, afirma que la causa jurídica de un acto administrativo es el hecho determinante que ubica el acto en una categoría legal. Para efectos de la desviación de poder, sólo se atiende a los motivos subjetivos del acto.

Por su parte Bodda afirma que la causa consiste en el fin concreto, hacia el cual tienden los órganos administrativos en la realización de determinados intereses públicos.

Bonnard distingue entre los MOTIVOS y los FINES. Los motivos se hallan en la base de todo acto jurídico, son los antecedentes del acto; o como ya lo tenemos analizado en las precedentes conferencias, son las situaciones de hecho o de derecho, independientes de la voluntad del sujeto, que preceden y provocan el acto. El FIN es elemento subsecuente del acto, el principal, y consiste en el querer del agente, en lo pensado y querido por él.

inimpugnables por los medios ya comentados. Hoy es mucho menos aplicable puesto que el desarrollo de la causal "violación sustancial de la regla de derecho" permite el control de los motivos del acto. El Juez prefiere siempre adoptar, como lo dice Letourneur, una causal de legalidad estrictamente objetiva, antes que basar su decisión sobre el resultado de investigaciones de intención con lo que se mantiene necesariamente cierto grado de incertidumbre. (23).

Son numerosos los casos que la jurisprudencia francesa ha adoptado en aplicación de esta causal de nulidad. Por ejemplo: imposición de una sanción más grave a un funcionario público, por animosidad de la autoridad administrativa hacia el sancionado, o para satisfacer venganzas personales; prohibición del toque de las campanas de las iglesias por razones de sectarismo político o religioso; prohibición de una procesión del culto católico a pretexto de exigencias del tráfico, pero por móviles también políticos o religiosos; prohibición de una función de cine a la hora en que estaba anunciado un concierto de la Banda municipal para lograr mayor asistencia a este último. (24).

#### *Clases de desviación de poder.*

Si nos ceñimos a la definición dada de la institución en estudio, podemos inferir que la desviación de poder es de dos clases: a) desviación de poder *general*; y, b) desviación de poder *particular*. La primera se presenta cuando la autoridad administrativa se aparta de la finalidad general que debe perseguir en todas sus actuaciones: la finalidad de servicio público; (25) y es particular cuando "deja de perseguir el fin de-

(23) Revista citada, pág. 116.

(24) Señala Zanobini (Derecho Administrativo, pág. 240, Tomo I) como ejemplo de desviación de poder, el siguiente: "en tiempo de epidemia, un prefecto puede, con el objeto de evitar que se propague la enfermedad, prohibir el tránsito de personas de una a otra comuna de la misma provincia. La ejecución de esa medida, aparentemente justificada por razones de mejoramiento de la salud pública, puede ser ilegítima por desviación de poder, si se demuestra que las razones higiénicas, han proporcionado a la administración un simple pretexto para dictar el acto, mientras que la verdadera razón de ser del mismo era la de evitar una perturbación del orden público que podía ocurrir a causa del descontento ya manifestado en la población". Citado por Manuel María Díaz (El Acto Administrativo, pág. 322).

(25) Anotan DUEZ y DEBEYRE que lo más frecuente es que los textos que gobiernan el ejercicio de la actividad del agente no contengan la expresión de los motivos que han de ser determinantes del acto, en cuyo caso la desviación de poder aparece como una noción original que viene a limitar las facultades discrecionales del agente. Se estima entonces, que existe una regla general que

terminado, concreto y específico para cuya consecución le ha sido conferido por la ley el poder y la posibilidad de desarrollar esa acción" (26).

Considerando los fines que determinan al funcionario, órgano administrativo a la creación del acto, la desviación de poder puede nacer de un móvil *personal* como los ya apuntados anteriormente (deseo de venganza, animosidad, fin de carácter político, religioso, etc.), o de querer el agente favorecer el *interés particular de un tercero* en detrimento de otros; y pueden aún surgir cuando se protege un *interés de carácter general* pero diverso de aquél expresa o implícitamente establecido en la ley que asigna la función. (27).

#### *Naturaleza jurídica de la desviación de poder*

Hay dos posturas doctrinarias para explicar la naturaleza jurídica de la institución:

a) *La tesis de la moralidad administrativa* según la cual un simple criterio de legalidad no sería suficiente para justificar la fiscalización de los fines del acto y se impone al juez una orientación eminentemente moral para que inquiera o escrute los móviles subjetivos que determinaron al funcionario público autor del acto. Dice sobre esta tesis Garrido Falla: "La desviación del poder supone la subordinación del poder administrativo al bien del servicio, noción que sobrepasa la de legalidad y que permite restringir el poder administrativo en lo que tiene de más discrecional: los móviles de su actuación". (28).

b) *La tesis de la legalidad*. Los autores que la sustentan afirman que la desviación de poder es un mero caso de violación de la ley, y que la idea de moralidad no es suficiente para explicar las consecuencias jurídicas que este vicio produce pues es la ley la que eleva el fin del acto,

sin estar consagrada por los textos de una manera precisa y formal, domina toda la actividad de la administración; es a saber, que EL AGENTE DOTADO DE UNA COMPETENCIA SOLO DEBE ACTUAR TENIENDO EN MIRA UN FIN DE INTERES GENERAL" (citado por Argañarás, ob. c. pág. 432).

(26) Allan Randolph Brewer "Las Instituciones Fundamentales del derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana", pág. 70 y s. s.

(27) Según Zanobini (Curso de derecho Administrativo, pág. 142, T. II) "no es indispensable que el fin que la autoridad se propone sea ajeno a los intereses públicos; esto es, que sea para satisfacer intereses particulares. Muy frecuentemente se trata de un fin público, eventualmente también, muy ventajoso para la Administración, pero un fin público que es diverso de aquél que el acto debe proveer, según la ley".

(28) "Tratado de Derecho Administrativo". Volumen I, pág. 463.

a elemento esencial. En la hipótesis en que la ley de la función indica de una manera precisa el fin que el agente ha de alcanzar —dicen Duez y Deybere—, se puede decir que el agente que actúa con otro designio comete una violación de la ley, puesto que pone en contradicción con una disposición de fondo del acto regla. A nuestro modo de ver esta es la tesis que se debe aceptar. O se admite que la ley impone a la Administración un fin en el uso de sus poderes, o no; en el primer caso hay desviación de poder y por ende, vicio del acto administrativo por violación directa de la ley; en el segundo supuesto no hay infracción, pero tampoco podrá hablarse de desviación de poder.

#### *La desviación de poder y nuestra jurisprudencia*

Tanto en Francia como en Colombia la desviación de poder nació primero en la jurisprudencia para ser consagrada posteriormente, por la ley. Antes de la promulgación del actual C.C.A. ya el Consejo de Estado habría considerado, siguiendo naturalmente las pautas dadas por el Consejo de Estado francés, los fines del acto administrativo como necesarios para su nacimiento y llegó aún a anular decisiones que se adoptaban para fines distintos de los genéricos de la función pública o contrariando los fines específicos consagrados por la norma. En sentencia del 16 de Julio de 1943 dijo el Consejo de Estado que la "desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta no en vista de los motivos para los cuales se le ha investido, sino para otros distintos".

Cabe anotar que desde entonces se ha incurrido en una confusión de la desviación de poder con la falta de motivos del acto o falsedad en su motivación, fundamento de una modalidad de la violación de la ley. De este error a nuestro modo de ver, no se ha escapado la jurisprudencia del Consejo expedida dentro de la vigencia del art. 66 de la Ley 167 de 1.941. En efecto, en fallo de 1.961, dijo la aludida corporación:

"Lo que viola el acto proferido con desviación de poder es, en último análisis, el principio básico del estado de derecho según el cual el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad, de manera que en el campo administrativo, cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público, es decir, debe ser siempre motivada por razones de

buen servicio. Quien impugna un acto administrativo por desviación de poder, afirma que el agente que lo expidió no obró en función de buen servicio sino por motivos ajenos a esta finalidad, de donde se desprende que en todo juicio de nulidad de un acto administrativo acusado por desviación de poder, deben juzgarse primordialmente los motivos determinantes del acto enjuiciado”.

“La denominación *falsa motivación* no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación de poder”. (29).

Para que el acto resulte inválido por desviación de poder es necesario que el fin extraño sea su única razón ya que, si existen otros motivos lícitos, éstos son suficientes para que el acto no obstante la “bastarda” finalidad divulgada en su texto, se tenga por válido. En este sentido se ha pronunciado también nuestra jurisprudencia. (30).

#### *Carácter subsidiario y restricciones probatorias de la desviación de poder*

Dada la penetración de análisis de esta causal en cuya evidencia deben inquirirse aspectos subjetivos del acto, la doctrina ha establecido que sólo debe considerarse cuando no sea procedente ninguna de las otras; es decir, la desviación de poder supone un acto inobjetable desde el punto de vista de la competencia, forma y ceñimiento a la ley, en su aspecto externo.

Ahora bien, si partimos de la presunción de legitimidad del acto administrativo (31), corresponde al actor probar la desviación del fin del acto acusado y la acción habrá de rechazarse ante la ausencia o insuficiencia de tal prueba.

El Juez administrativo está obligado a indagar sobre los motivos del acto pero en cumplimiento de esta tarea tan delicada, la jurisprudencia le ha señalado pautas acordes con la calidad excepcional de la causal de nulidad. En un principio el Consejo de Estado francés sólo declaraba la existencia de una desviación de poder si ésta resultaba del texto mismo del acto o de la diligencia de su notificación; luego, ampliando un tanto

(29) Jorge Ortega Torres “Código Contencioso-administrativo”, pág. 136.

(30) En la doctrina uruguaya Sayagués Laso sostiene el mismo punto de vista. Ob. c. pág. 451.

(31) El acto administrativo se presume legítimo pero ello no es óbice para que se declare su nulidad; simplemente mientras tal pronunciamiento judicial se hace, el acto está llamado a producir todos sus efectos legales.

sus facultades, consideró que la desviación podía admitirse si ella resultaba del examen de las piezas integrantes del expediente en cuya culminación se profirió el acto. Pero no aceptó la declaración o “confesión” del funcionario autor del acto, ni la prueba testifical aunque hoy se admite la prueba indiciaria así provenga de la testimonial. (32).

No parece jurídica la restricción probatoria en cuestión. Toda prueba que permita un control efectivo de la acción administrativa debe aceptarse, con mayor razón en este evento en que el funcionario se sale dolosamente del fin de su competencia; debe negarse sí por principios morales, la confesión del funcionario o al menos, recibírsele con beneficio de inventario.

Ya indicamos que el vicio que nos ocupa puede darse en la “operación administrativa” vale decir, en el comportamiento material de la Administración. En esta ocurrencia es posible que la acción administrativa deliberadamente se aparte del fin de necesidad pública, del interés general. (33).

Para terminar, deslindemos conceptos que usualmente se prestan a lamentables confusiones.

La *desviación de poder*, según lo atrás dicho, se presenta cuando el funcionario competente se aparta del fin previsto en la norma legal, o del hecho causa de dicha competencia, o sea, cuando el acto no tiene relación con el fin que se persigue o se pretende alcanzar.

Hay *usurpación de poder* cuando la manifestación de voluntad contenida en el acto jurídico administrativo, se profiere por quien no tiene competencia; y, el *exceso de poder* se tipifica cuando siendo el funcionario competente para la declaración de voluntad, va más allá de lo que

(32) Hauriou, ob. c. pág. 444; Laubadere, ob. c. pág. 111; Waline, ob. c. pág. 127.

(33) Sobre este aspecto comenta así, el Dr. Jesús Vallejo en su tesis de grado: “Este vicio no es extraño a la operación administrativa. La aplicación excesiva de una decisión de la Administración; la decisión ejecutoria injustificada, por falta de renuncia de los particulares a admitir el mantenimiento administrativo, son ejemplos de operaciones administrativas viciadas en sí misma por desviación de poder.

Demos por caso el de una obra pública ejecutada con lentitud imputable al ánimo de perjudicar a los comerciantes o industriales vecinos, para favorecer a los competidores o, incluso, para obtener ciertas ventajas para la Administración (v. gr. rebajar el valor de los predios vecinos con miras a una expropiación). A pesar de la regularidad del procedimiento, la operación resulta viciada y es acusable directamente, conforme al régimen del art. 68 del C. C. A.



establece dicha competencia, excede jurídicamente a los límites de dicha competencia.

Realmente todo acto administrativo producido en violación de los requisitos de competencia, forma, fin y contenido, revela un exceso de poder del funcionario autor de él.

### CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION

No es suficiente a veces, que la legalidad se restablezca objetivamente anulándose el acto que infringe la ley; se impone además el restablecimiento del derecho del administrado lesionado con dicho acto; a esto tiende precisamente el contencioso subjetivo de PLENA JURISDICCION.

En el contencioso de plena jurisdicción más que la finalidad de hacer desaparecer un acto administrativo que ofende el orden jurídico, se busca la tutela del derecho subjetivo, civil o administrativo, desconocido por un acto formalmente administrativo (34). Para llegar al fin reparador del derecho lesionado se impone la nulidad del acto; pero esta nulidad no es general sino relativa a ese fin en cuya virtud no produce efectos contra todos sino únicamente contra la Administración.

La acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción tiene pues, por objeto, defender los derechos subjetivos del individuo a diferencia del contencioso de nulidad ya estudiado, que ampara el orden jurídico general. Se funda siempre en la violación de una norma general o individual, que haya conferido un derecho subjetivo al particular y no en la lesión de un mero interés legítimo; la decisión del juez por ende tiene en este caso, mayor alcance que en el primero porque debe abarcar no sólo la nulidad del acto sino la reforma, substitución o adición para que el perjuicio causado por él sea reparado debidamente (35) y (36).

(34) Cuando el daño del particular proviene de un acto material de la Administración o de un acto administrativo que no es susceptible de anularse, se perfila el CONTENCIOSO DE REPARACION DIRECTA que no debe, estrictamente hablando, confundirse con el contencioso de plena jurisdicción en donde se enjuicia un acto administrativo que ha sido la causa del perjuicio del particular. Posteriormente anotaremos las diferencias entre estos dos contenciosos que tienen de común el ser formas del contencioso SUBJETIVO.

(35) Según Alvarez Gendín se llama contencioso de PLENA JURISDICCION cuando la acción del recurso provoca una resolución del Juez Administrativo, pronunciándose sobre el fondo del acto que se considera lesiona un derecho, con facultades no sólo para confirmar o anular el acto impugnado, sino para refor-

El art. 67 del C.C.A. que consagra la acción en mención, reza así:

“La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquél que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho”.

La Comisión del Consejo de Estado que redactó el proyecto del que es hoy C.C.A., dijo lo siguiente sobre el contencioso de plena jurisdicción:

“Si el contencioso de anulación es un eficaz instrumento jurídico, que responde a la necesidad de mantener incólume el dominio de la ley, impidiendo el ejercicio desorbitado de los poderes que ella ha conferido a los administradores de los servicios públicos, en el desenvolvimiento de la actividad funcional del Estado, no basta a veces que el control de la legalidad se restablezca objetivamente, por medio de la anulación del acto perturbador, del orden jurídico, sino que es necesario además, que el administrado, a quien esas actuaciones puedan lastimar, encuentre en los organismos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo la manera de ser protegido o restablecido en sus situaciones subjetivas de derecho.

“Aparece así el contencioso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que el proyecto tiende a estructurar, separándose de los rasgos generales de la llamada acción privada por la ley y la doctrina colombiana. La ley 130 de 1.913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto administrativo por lesión de un derecho civil; pero como es obvio, tal acción, así limitada en su alcance

marlo y disponer cuanto sea necesario para reparar o restaurar el derecho vulnerado, incluso disponiéndose a proveer sobre la indemnización de daños y perjuicios del recurrente, si no se puede restaurar el derecho subjetivo lesionado; por eso se llama también contencioso de reparación. (Teoría y Práctica de lo Contencioso-Administrativo, pág. 94).

(36) Al decidir la acción de plena jurisdicción el Juez dispone de mayor poder. Dice sobre el punto el mismo autor, citado por González Pérez (Derecho Procesal Administrativo T. 1º, pág. 334): “El Juez no está limitado por ninguna barrera y puede ejercer en su plenitud el poder jurisdiccional tan extensamente como los Tribunales de Derecho Común”.

y sus efectos, estaba aún muy lejos del contencioso-de plena jurisdicción, porque en éste, sobre todo más que la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la Administración o por la ejecución de un hecho material, y declarar el que exista en favor del agraviado”.

Del texto transcrito se desprende que en el derecho colombiano el contencioso subjetivo de plena jurisdicción, ampara no sólo los derechos civiles sino también los derechos adquiridos con arreglo a las leyes administrativas, es decir, los producidos en las relaciones entre los particulares y el Estado, a diferencia de la legislación anterior que sólo protegía a los derechos civiles. (37).

Las normas de carácter civil a que se refiere la disposición preinserta, son las relacionadas con los derechos de los particulares por razón del “estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles” como lo expresa el art. 1º del C. C. y lo confirma el art. 35 del C. de R. P. y M., cuando ellas son desconocidas por un acto de la Administración Pública.

Las normas de carácter administrativo en cambio, son entre otras, las que reglamentan la carrera de los funcionarios públicos, del ejército, de la policía, maestros, bienes de uso público, bienes fiscales, del suelo, del subsuelo, en cuanto haya intereses particulares vinculados a ellos y desconocidos por una decisión administrativa. En este amplio campo tiene aplicación la acción de PLENA JURISDICCION: es suficiente que un derecho del particular esté amparado por una norma de carácter civil o administrativo y que se desconozca por un acto de la administración, para que proceda el contencioso aludido, siempre que la persona que lo ejercita sea titular de ese derecho.

Precisado el objeto de la acción de PLENA JURISDICCION, veamos ahora sus requisitos. Estos son de dos clases.

(37) Bajo el régimen de la ley 130 de 1.913 y de conformidad con la ley 80 de 1.935, el PERJUICIO en que se apoyaba el contencioso de PLENA JURISDICCION debía consistir necesariamente, en la violación de un derecho civil reconocido por la Constitución o la ley al administrado. Se hablaba entonces de la ACCION PRIVADA que se otorgaba a toda persona, fuera o no colombiana, que había sido perjudicada con la violación de un derecho civil de carácter patrimonial. (Ver Carlos H. Pareja, ob. c. tomo I, pág. 100).

## I) Objetivos y II) Subjetivos.

De los objetivos podemos anotar: a) La acción debe fundarse en el derecho positivo vigente que confiere un derecho subjetivo al particular. Este derecho puede ser civil o administrativo, según lo antes dicho; b) Debe apurarse previamente la vía administrativa si el acto, por ser particular o subjetivo, tiene recursos por dicha vía. A este respecto se deben tener en cuenta las normas ya analizadas sobre vía administrativa, revocación directa de los actos administrativos, y decisión denegatoria tácita por silencio de la administración. c) El acto que se ataca debe ser *definitivo* para distinguirlo del *acto de trámite*, que no es impugnabile jurisdiccionalmente.

Entre los requisitos *subjetivos* la doctrina estudia los considerados necesarios para que el actor pueda tener la calidad procesal de parte pues en esta acción, contrariamente a lo que sucede en el contencioso de NULIDAD, no se impugna el acto solamente, sino que se demanda a la Administración como autora del acto lesivo de los derechos del particular.

En cuanto a la Administración Pública su calidad de parte se configura por su personalidad de derecho público y por su facultad para emitir el acto jurídico o asumir la conducta material, fuente o causa del desconocimiento del derecho del administrado.

Respecto del particular accionante ya hemos dicho que esta calidad surge del hecho de ser titular de un derecho subjetivo que el acto ilegal de la Administración, vulnera. Vale la pena analizar someramente, este requisito.

### *Derecho subjetivo vulnerado*

La noción del derecho subjetivo ha sido objeto de álgidas controversias doctrinarias. La escuela clásica lo definía como un “*poder de voluntad*” (Windscheid, Saleilles) y lo centraba en un proceso natural de la voluntad del individuo lo que resultaba excluyente del derecho de los incapaces y de las personas jurídicas, carentes éstas, de voluntad física o natural.

La tesis de Ihering, opuesta a la anterior, concibe el derecho subjetivo como un INTERES JURIDICAMENTE PROTEGIDO sustentándolo en dos elementos: a) el *sustancial* que se refiere a la utilidad que es

susceptible de reportar al titular; y, b) el *formal* que dice relación a la protección jurídica, para su defensa.

De acuerdo con el anterior planteamiento el problema del derecho subjetivo se desplaza a la acción judicial. Como dice Fiorini, la seguridad de que este interés se encontraba garantizado a través de la acción judicial, identificaba a ésta en forma indirecta, con el mismo derecho subjetivo. (38).

La teoría del derecho interés resultaba así fundada en el individualismo y en especial, sobre contenidos patrimoniales, pero la realidad mostraba muchos derechos amparados con una acción que no representaba ningún interés o goce económico para el titular del mismo. Por este motivo se rechazó la tesis de Ihering. (39).

Duguit y Kelsen niegan la existencia del derecho subjetivo apoyado en la voluntad individual y sostenido por la existencia de un interés natural. El primero considera que tal noción implica la jerarquización de voluntades dentro del grupo social; y el segundo porque destaca como fundamento de ese derecho, el orden normativo y las situaciones jurídicas; el derecho subjetivo aparece como una creación del derecho. (40).

(38) Fiorini A. Bartolomé "Qué es el contencioso?" pág. 48.

(39) Por tratarse de un tema que es ampliamente estudiado en el Derecho Administrativo General y particularmente en nuestra Facultad por el profesor titular Dr. Tobón Arbeláez, estimo innecesario extenderme sobre él. Incluyo a modo de fuente de investigación como complemento de la teoría de Jéze sobre el particular, lo que precisa G. Falla, sobre las situaciones jurídicas subjetivas. Dice así: "El ordenamiento jurídico está constituido por normas de Derecho Objetivo. En líneas generales puede decirse y en relación con los distintos sujetos que actúan en el comercio jurídico, que de la norma jurídica deriva, o bien la posibilidad de actuar en determinado sentido (poderes), o una limitación respecto de la libertad de actuar (deberes). Se dan pues, *situaciones jurídicas de poder y situaciones jurídicas de deber*. Los sujetos de derecho pueden encontrarse en una de las siguientes situaciones jurídicas: a) posibilidad de obrar en un determinado sentido, incluso contra la oposición de alguien; b) posibilidad de oponerse al obrar de otro, y c) posibilidad de exigir que otro obre de determinada manera. Debe de observarse respecto de estas situaciones jurídicas subjetivas: 1º) Que cualquiera de estas conductas, en cuanto amparada por la norma, es lícita. 2º) Que a cualquiera de ellas corresponde la expresión "TENER DERECHO A ALGO", prescindiendo ahora de su exacto valor técnico. 3º) Que respecto de cada una de estas situaciones caben distintos grados de perfección.

Por su parte, las situaciones jurídicas de deber son las siguientes:

a) deber de obrar en un determinado sentido en interés de un tercero; b) deber de abstenerse de obrar de una determinada forma; c) deber de soportar la actuación de un tercero; d) deber de obrar en un determinado sentido, si se quiere que prevalezca un interés propio.

(40) Es conocida la postura de Duguit y de la escuela que él inicia (Traté de Droit Constitutionnel, 2ª ed., 1921, t. I, pág. 9 y ss.). "Esos derechos dice Duguit, los

Opina Zanobini que para que exista el derecho subjetivo es "necesario que entre la norma y el interés que forma su contenido haya una íntima relación: que la norma tenga por finalidad proteger ese interés por sí mismo; esto es, de un modo *inmediato y directo*; y ese elemento aparece cuando "la ley reconoce que el interés de que se trata es exclusivamente propio de un sujeto determinado que, con la tutela, se convierte en sujeto activo de la relación jurídica.

Esta situación se verifica de un modo típico en la mayor parte de los intereses que son garantidos por las normas del derecho privado; de éstas derivan casi siempre otros tantos derechos y deberes de un sujeto respecto a otro. Lo mismo puede verificarse de un campo del derecho público cuantas veces el interés individual se presente distinto y autónomo frente al interés general; pero, no obstante esta conexión, puede suceder que el legislador considere el interés individual separado del interés público y exclusivamente propio del titular, y lo tutele directamente como derecho subjetivo del mismo. (Citado por Argañarás, ob. c. p. 58).

Según Jenillek el derecho subjetivo "es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o a un interés". (41).

Esta definición se ha impuesto en la doctrina y es así como autores más modernos como Zanobini la adoptan al concebir el derecho subjetivo como "un interés protegido mediante el reconocimiento de la voluntad de su titular". (42).

Ya dijimos que el derecho subjetivo que el acto de la Administración vicia, puede ser civil o administrativo según se refiera a las mate-

rechazó enérgicamente porque son conceptos metafísicos a *priori*, que no pueden servir de fundamento a un sistema jurídico positivo". En su libro "Las transformaciones generales del Derecho Privado", comienza así la segunda de las conferencias que lo integran: "En la primera conferencia me he limitado a mostrar cómo el sistema jurídico civilista debe, forzosamente, desaparecer en nuestras sociedades modernas. He añadido que la noción de derecho subjetivo es una noción de orden metafísico que no puede subsistir en nuestra época, que la concepción individualista tiene una contradicción en sí, que el sistema jurídico establecido sobre este doble fundamento ha sido un producto contingente y momentáneo de la historia que en ciertas épocas ha respondido a una necesidad social, pero que hoy día su reino ha terminado. También he dicho que en todos los países modernos se elabora un sistema nuevo jurídico, fundado en una noción de orden puramente realista y verdaderamente socialista: la función social".

(41) Ob. c. pág. 49.

(42) Curso de Derecho Administrativo, V. 1º, 5ª ed. 1.947, pág. 143.

rias propias del derecho privado o a las relaciones que surgen entre el particular y la Administración Pública. Cuando el derecho subjetivo se refiere a una relación entre el Estado e individuo aparece el derecho público subjetivo con cuya noción pretende explicar la doctrina tradicional, todas las recíprocas situaciones subjetivas de deber y poder en que Estado e individuo pueden encontrarse.

La Administración puede ser también titular de derechos subjetivos cuyo ejercicio legitima su actuación. Los derechos subjetivos de que es titular la Administración pueden surgir directamente de la ley, o del ejercicio de una potestad administrativa, o de la simple verificación de un hecho o conjunto de hechos (43). La titularidad de dichos derechos legitima la acción contencioso-administrativa contra sus propios actos según lo previsto en el art. 72 del C.C.A. disposición ésta inspirada, como las mayorías de las normas de nuestro derecho contencioso-administrativo, en el derecho español que ha hecho de esa institución, al decir de Aurelio Guaita, una de las notas más características del proceso administrativo de ese país. (44).

#### *Meros reflejos de Derecho subjetivo y Derechos subjetivos debilitados*

No todo interés está protegido por el ordenamiento jurídico, como derecho subjetivo ya que éste nace sólo cuando al sujeto le es reconocida una potestad de querer y una facultad para hacerlo exigible frente a la misma Administración o frente a terceros. Sin embargo, existen intereses individuales y colectivos que la ley reconoce en forma simplemente objetiva; estos son precisamente "*los intereses jurídicos* ocasionalmente tutelados por la ley.

Es que si se repara en el conjunto de normas que constituyen el Derecho Administrativo, se advierte fácilmente, la existencia de dos clases netamente diferenciadas: a) las que garantizan frente a la Administración situaciones jurídicas subjetivas y por ende, le impone una *obliga-*

(43) El ejercicio de la facultad expropiatoria hace surgir en la Administración el derecho de ocupar la cosa expropiada. Ver a G. Falla en Tratado de Derecho Administrativo, V. 19, pág. 340.

(44) En el derecho español la revocación de los actos administrativos que confieren derechos a los particulares, se confía a los mismos tribunales que enjuician la actividad administrativa, para evitar el peligro que entrañaría el reconocer a la propia Administración dicha facultad pues quedarían los derechos de los administrados en sus manos. Ver sobre este punto y otros con él relacionados, la obra "El Proceso Administrativo de Lesividad" del citado autor.

ción que se corresponde con el respectivo derecho del particular; y b) otras que han sido dictadas con la finalidad de garantizar una utilidad pública y se expiden para la organización de la acción administrativa; y si bien es cierto que generan una conducta obligatoria de la Administración no se corresponden con un derecho subjetivo del administrado que puede oponerse o servir de fundamento a la exigibilidad de dicha conducta. (45).

Sólo de las primeras normas surge el *derecho subjetivo* que fundamenta la acción contenciosa-de PLENA JURISDICCION pues la norma se dictó precisamente para garantizar y tutelar ese interés.

La violación de los "intereses" que puede acarrear para la colectividad la segunda clase de normas, no da motivo a la acción de Plena Jurisdicción, a pesar de que el desconocimiento de dichos intereses incida perjudicialmente, en el patrimonio del administrativo. Pero sí justifica, la dicha violación, el ejercicio de la acción NULIDAD dado el amplio o universal reconocimiento que hace nuestra ley del contencioso OBJETIVO.

Los derechos subjetivos debilitados que también se denominan condicionados, son aquellos que ceden ante el interés general y por tanto, su tutela está supeditada al mantenimiento o reconocimiento de dicho interés superior: pueden llegar a perder su protección cuando se encuentren en conflicto con el interés general pero mientras no se presente esa eventualidad, conservan su carácter de derechos subjetivos y están amparados por la ley; es lo que sucede por ejemplo, con la propiedad que se protege hasta que el interés público o social no justifique su expropiación. Presentado dicho interés en caso particular, si el titular no cede voluntariamente su bien, cabe su expropiación y lógicamente la tu-

(45) Igualmente Zanobini (ob. c. pág. 143, V. 19) abunda en la idea de que la distinción entre el derecho subjetivo y el interés legítimo se basa en que el primero es un interés directo e inmediato protegido por la norma jurídica, mientras que el interés legítimo sólo está "ocasionalmente protegido".

Forsthoff diferencia el derecho subjetivo de los llamados "derechos reflejos". El primero se caracteriza por ser "una relación de protección de una situación jurídica garantizada al individuo por una norma o un negocio jurídico, o también la facultad de poder exigir del Estado u otros órganos de la Administración pública una determinada acción u omisión correspondiente a dicha relación". Ahora bien —añade—, no todo límite normativo de la obra estatal fundamenta un derecho público subjetivo, pues entonces la totalidad del ordenamiento jurídico se agotaría en una sólida trama de derechos subjetivos". (ob. c. págs. 153 y 154).

tela del derecho del propietario queda postergada por la tutela del interés de la comunidad. (46).

#### *Actualidad y particularidad del derecho subjetivo.*

El derecho subjetivo vulnerado para la procedencia de la acción de Plena Jurisdicción, debe ser *preexistente* y *particularizado*. El primer requisito significa que el derecho civil o administrativo que es desconocido por el acto, debe *preexistir* al acto administrativo pues de no ser así no se explica cómo puede él ser lesionado.

En segundo lugar el derecho debe estar particularizado en el actor ya que de lo contrario no tendría razón para considerarse agraviado o lesionado y tener por ende, personería para la promoción de la acción. Sobre este punto se pronuncia en los siguientes términos el Sr. Alfaro quien a la vez es citado por Santa María de Paredes: "las condiciones características para que deba considerarse un derecho como administrativo y particular son que se conceda por ley en virtud de ciertos requisitos que el individuo llene por sí, o que se deriven de algunas obligaciones que imponga la ley o los actos de la Administración. Todos los individuos pueden presentarse a las subastas públicas, o a recibir un título que les autorizaría para ejercer la medicina, siendo estos derechos generales; cuando estos derechos se determinan por actos particulares llenando los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos, como el graduarse de médico o, tomar parte en la subasta, entonces se hace particular". (47).

Es obvio que el derecho subjetivo debe tener el carácter PLENO de tal. Quedan entonces excluidas las *meras expectativas* y los derechos que

(46) Estos derechos dice Zanobini, citado por Argañarás (op. c. pág. 62) "mientras no se verifique la condición que impone su sacrificio, se comportan como intereses directa y plenamente tutelados: son derechos subjetivos en sentido estricto. Pero dada la posibilidad de su sacrificio, de su resolución, son generalmente designados como derechos condicionados. Verificada la condición de que hablamos, el interés que era tutelado como derecho, no cesa de ser, en algún modo, un interés reconocido y protegido: su titular tiene los medios de controlar si la exigencia del interés público realmente existe; que haya sido establecido por los medios que la ley quiere: que el acto de cesación del derecho haya emanado en la forma prescrita. "Todo esto constituye un INTERES LEGÍTIMO; pero en los casos señalados la doctrina, para poner en evidencia su precedente cualidad de derecho subjetivo, acostumbra tenerlo por diferente de otros intereses legítimos, y lo designa con la expresión de "derechos debilitados".

(47) Curso de Derecho Administrativo, pág. 763.

habiendo sido plenos quedaron desvirtuados por su prescripción o caducidad.

#### *Formas de vulneración*

Las causales de impugnabilidad del acto administrativo en acción de nulidad son en principio, las mismas que caben para atacarlo en acción de plena jurisdicción. Pero atendiendo a una más inmediata causa de la vulneración del derecho subjetivo, se puede hacer la siguiente clasificación de conformidad con la doctrina.

a) Cuando la autoridad administrativa al conocer directamente o por vía jerárquica de la reclamación del particular, le desconoce a éste en todo o en parte, el derecho que impetra.

b) Cuando se hace aplicación en desmedro del derecho del particular, de una disposición de carácter general.

c) Cuando se interpreta o aplica en perjuicio del particular, una norma contractual que regula las relaciones entre la Admón. y el administrado.

d) Cuando se haya afectado al patrimonio del contribuyente por errónea aplicación de las leyes fiscales o normas impositivas en general (sean de carácter departamental o municipal en nuestro caso).

e) Cuando después de acordado o reconocido por un acto administrativo, el derecho subjetivo patrocinado por el particular, por decisión posterior la autoridad administrativa revoca el anterior, sin la previa autorización expresa y escrita del administrado, según lo exige el Decreto 2733 de 1.959.

Es menester pues, y en ello insistimos, que el acto administrativo que se ataca por la acción de Plena Jurisdicción, sea *ilegal* pues sólo así podrá predicarse de él, que vulnera un derecho subjetivo del administrado; en caso contrario, lejos de estar ante un acto ilegítimo de la Administración, nos encontramos frente a una decisión legal, aunque pueda quebrantar el interés económico de cierto grupo de personas. (48).

(48) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal como se ve en el siguiente fragmento: "El art. 67 consagra la acción de nulidad y la consecuencial de restablecimiento del derecho particular cuando el acto de la administración es lesivo del derecho de una persona. Es de entender entonces, que el acto administrativo viola alguna norma de derecho po-

Los hechos materiales lesivos de los derechos subjetivos, son enjuiciables por la acción contencioso-subjetivo de REPARACION DIRECTA en donde como posteriormente se precisará, no es necesario la previa declaración de nulidad del acto (por sustracción de materia) sino que se suplica directamente el pago de los daños y perjuicios que esa vulneración ocasionó.

*Materia de la acción de plena jurisdicción.*

Laferrière estima que la actividad administrativa susceptible de ser impugnada por esta acción, se agrupa en las siguientes categorías:

a) Las cuestiones que surjan entre la Administración y los particulares con motivo de los *contratos administrativos*.

b) Los reclamos que tienen su origen en las obligaciones pecuniarias del Estado, nacidas de los *cuasidelitos, cuacontratos y ley* (responsabilidad extracontractual).

c) Las cuestiones que se refieren a *operaciones administrativas* que crean derechos u obligaciones (contabilidad pública, impuestos, operaciones electorales).

Appleton presenta los siguientes grupos de los asuntos objeto del contencioso en comento:

a) Contendidas surgidas por contratos de obras públicas;

b) Contendidas surgidas por faltas o daños cometidos en perjuicio de los particulares por la actividad administrativa.

c) Las contendidas surgidas por contribuciones directas;

d) Las contendidas surgidas por el control de la contabilidad pública;

e) Contendidas surgidas por el estatuto del empleado público; y,

sitivo; que ese acto es ilegal. Porque si así no fuera, si el acto fuera legal, no habría razón para anularlo, ni tampoco podría decirse que ese acto viola el derecho particular. Vale decir, que el acto administrativo lesiona el derecho objetivo, o sea, la norma que consagra la facultad impersonal, y el derecho subjetivo, o derecho particular de la persona que tiene un título para disfrutar o radicar en sí esa facultad impersonal establecida por la norma objetiva". (Citado por Ortega Torres, pág. 125 del C.C.A.).

f) Las contendidas que se originen por medidas administrativas referentes a la salud pública, seguridad, etc.

Esta amplia enumeración de asuntos susceptibles de ser objeto del contencioso subjetivo, pone de presente la variadísima actividad de la Administración idónea para vulnerar derechos subjetivos de los administrados.

En nuestro derecho existe a partir de la expedición del Decreto 528 de 1964, un ámbito muy amplio que demarca la competencia de los organismos contencioso-administrativos en la acción de plena jurisdicción. En efecto, los artículos 30 (literales "a", "b"), y 32 (literales "a", "b" "c" y "d"), numeral 1º y literales "c", "d" y "f" del numeral 2º del mismo artículo, le asignaron competencia al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos para conocer de las contenciones surgidas de los "contratos administrativos" y de todo lo concerniente a la responsabilidad extracontractual de la Administración Nacional, departamental y municipal o de establecimientos públicos del mismo orden, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho. De esta manera se puso término a una interesante controversia desatada entre el Consejo de Estado y la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, sobre el sentido y alcance del art. 68 de la Ley 167 de 1.941.