

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ALGUNOS ASPECTOS DEL PROYECTO DE NUEVO CODIGO

Aunque el constituyente de 1910 en el artículo 42 de su acto legislativo número 3 ordenó al legislador el establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, éste, en las leyes que ha dictado sobre la materia en cumplimiento de aquél mandato, no ha dotado al control jurisdiccional de la administración de un instrumento suficientemente amplio y lógico, que le permita desarrollar su acción en forma acorde con el objeto a que está destinada, dando cabida a las nociones del verdadero derecho administrativo para mejor garantía de los administrados y mayor facilidad en el funcionamiento del Estado.

Tal estado de cosas ha logrado formar una corriente bastante fuerte, que impulsa a realizar la reforma ambicionable, y que se ha concretado en el Proyecto de Código de lo Contencioso Administrativo elaborado por el Consejero de Estado doctor Ramón Miranda y acogido unánimemente por la corporación de que hace parte, que lo presentó por conducto del Ministro de Gobierno al Congreso Nacional en las últimas sesiones del año pasado, debiendo éste considerarlo en las próximas.

Con el fin de contribuir a formar una conciencia acerca de esta reforma, de modo que por ignorarla no se le vaya a atacar, vamos a esbozar en que consisten sus aspectos esenciales, mostrando antes, para realzar el contraste, lo que hoy existe.

LO QUE ES EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA ACTUALIDAD

Dejando a un lado las cuestiones relativas a la organización de la jurisdicción a que nos referimos, que no tienen aquí importancia dado el objeto que perseguimos, tenemos que actualmente la base de lo contencioso administrativo es el artículo 1o. de la ley 130 de 1913, que dice:

"La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos, en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley".

Se habla en la disposición transcrita de la determinación global de la materia propia a la jurisdicción administrativa y si no existiera sino ella, fácil sería a una jurisprudencia ágil enrumbarse por los diferentes caminos que es preciso adoptar en frente a las siempre cambiantes circunstancias sociales. Sin embargo, cuando más adelante se atribuye la competencia a los órganos de esa jurisdicción, se le restringe de tal manera el campo de su actividad, que en realidad se le desvirtúa.

La primera restricción la encontramos en la letra i) del artículo 18 de la misma ley, que al enumerar las funciones que tiene el Consejo de Estado como juez de única instancia dice:

"De los recursos contencioso-administrativo contra las resoluciones de los Ministerios, que pongan fin a una actuación administrativa, con excepción de los que se originan en contratos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra estas últimas providencias sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria".

Como se ve, excluye de la revisión contencioso-administrativa los actos relacionados con los contratos del Estado, contradiciendo así lo dicho en el artículo 1o. arriba transcrito, pues su origen no cambia el carácter fundamental de tales actos, que es el de ser administrativos. Siguiendo ese mismo criterio se hace igual excepción en la letra g), del artículo 38, al referirse a las atribuciones de los Tribunales Administrativos Seccionales.

Al enumerarse en diferentes disposiciones los actos susceptibles de recurso contencioso, se deja traslucir que el único criterio que guió

al legislador fue el de facilitar el control de la administración exclusivamente cuando su actuación se expresa por medio de una declaración formal de voluntad, dejando fuera de lo contencioso-administrativo aquellas actividades en que la ejecución material es lo que muestra que el funcionario ha obrado.

Sin embargo, algunas reformas introducidas a la ley original han variado algún poco ese criterio primitivo. Así, la ley 28 de 1918, que estableció claramente la obligación de indemnizar en los casos de expropiación de hecho, atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las reclamaciones basadas en aquéllos. Igualmente el artículo 4o. de la ley 80 de 1935, prevé que cuando se ejercita la acción privada, el fallador contencioso-administrativo determinará en la sentencia la manera como debe ser restablecido el derecho violado, de manera que saliéndose del dominio de las declaraciones de voluntad debe adentrarse en el de las ejecuciones materiales que son consecuencia de ellas.

Cuando el contencioso administrativo revisa los actos de los recaudadores de impuestos, en los casos en que el contribuyente ha debido verificar el pago antes de intentar la respectiva acción, el fallo anulatorio o reformativo, contiene también la declaración de la obligación para el Estado de restituir lo que indebidamente le fue pagado, lo que constituye otro ejemplo de control jurisdiccional sobre la materialidad administrativa.

Al control de lo contencioso administrativo se encuentra sometida tanto la administración deliberante como la ejecutiva, habiendo sido hasta ahora más efectivo con respecto a la primera en lo relativo a las administraciones seccionales, quizás debido a lo demasiado restringido de su competencia para actos de ejecución, que son los que más ordinariamente ejecuta la segunda, y de los cuales en general conoce la jurisdicción ordinaria, cuyos procedimientos, por lo dispendiosos, no dan suficiente garantía a la legalidad administrativa.

En el mismo artículo 1o. de la ley 130 de 1933 se encuentra el germen de las acciones que se reconocen hoy como ejercitables ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero es sólo de disposiciones posteriores de la misma ley de donde ellas surgen con una individualidad propia, recibiendo los nombres de acción pública y acción privada, las que se encuentran establecidas claramente en la ley, y acción mixta una que ha sido el resultado del esfuerzo jurisprudencial. Así, el artículo 52 dice:

"Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Seccional Administrativo que se declare la nulidad de una ordenanza u otro acto de una Asamblea Departamental que se considere contrario a la constitución o a la ley".

Y el 71:

"Si una ordenanza o una providencia cualquiera de una Asamblea Departamental se estima violatoria de derechos civiles, sólo la persona o personas que se créan agraviadas pueden entablar el juicio administrativo encaminado a obtener la declaración de nulidad".

Disposiciones semejantes a las acabadas de transcribir se encuentran en cada uno de los capítulos dedicados a determinar la acción contenciosa con respecto a los diferentes actos administrativos sujetos a ella. Como puede fácilmente comprenderse por su simple lectura, se determinan dos puntos de partida, uno de los cuales ha de alegarse por quien ataque un acto de la administración. El primer artículo establece la acción pública y el segundo la privada.

Ambas disposiciones establecen exclusivamente la acción de nulidad, lo que se encuentra conforme con la tendencia general del Código que más atrás anotamos: dejar fuera del contencioso administrativo los actos de ejecución, que no son susceptibles de ser anulados, o en el caso de que lo sean, la declaratoria de nulidad es algo inútil, puesto que viene después de que los efectos dañinos originados en la violación del derecho se han producido. De ahí que se haya impuesto la necesidad de aclarar la cuestión, lo que hizo el legislador en la ley 80 de 1935, que en su artículo 4o. dice:

"En los asuntos contencioso-administrativo, cuando se ejercita la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán, con la debida precisión, la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se haya solicitado".

Fuera de esta dificultad de efecto que se presentaba en el funcionamiento de lo contencioso administrativo, subsiste hoy el problema de determinar en qué caso cabe una acción y en cuál otra, ya que siendo la base de ambas una violación de la ley, porque los derechos civiles también son establecidos por ésta, es en verdad supremamente difícil saber cuándo el actor persigue la satisfacción de un interés particular y no el que tiene todo miembro de un Estado por el cumplimiento de los estatutos que regulan el funcionamiento de éste.

La manera como se ha entendido en que consiste cada una de estas dos clases de acciones podrá comprenderse al leer algunos extractos de sentencias del Consejo de Estado que en seguida transcribimos:

“La providencia de una corporación o de un empleado administrativo en ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, es denunciabile por todo ciudadano en demanda de la declaración de nulidad cuando no se refiere a determinados derechos de personas naturales o jurídicas, es decir, cuando atenta contra una disposición de carácter general en cuya guarda está interesada la sociedad y no éstas o aquellas personas que se consideran agraviadas en sus derechos civiles. Por el contrario, si el acto afecta derechos civiles que como tales no pertenecen sino al patrimonio de ciertas personas, entonces son únicamente ellas las que tienen personería para establecer el juicio administrativo correspondiente en solicitud de la nulidad; y por más que al entablar la acción se invoque también la popular, ésta no puede prosperar por tratarse de una disposición que afecta únicamente derechos de personas determinadas”. (Sentencia de 27 de mayo de 1918. Anales del Consejo de Estado, T. VI, páginas 470 y 471).

“La observancia de las disposiciones legales es obligatoria para todos los habitantes del país, tengan o no la calidad de ciudadanos, y sean personas naturales o jurídicas; esas mismas leyes garantizan los derechos de cuantos residan en Colombia, sin más excepciones que las que en la materia establezcan los tratados públicos respecto de los extranjeros. De modo que si las leyes son obligatorias para todos los que se encuentran en el país, todos tienen también interés en que se mantengan incólumes como salvaguardia de los derechos que ellas mismas reconocen. De consiguiente, cuando el acto de un funcionario o de una corporación administrativa traspasa la esfera de las atribuciones que le están señaladas hay violación oficial de la Constitución o de las leyes, y es fuerza convenir en que cualquier persona tiene derecho a reclamar contra ese acto, como atentatorio de las garantías sociales”. (Sentencia del 14 de agosto de 1918. Anales del Consejo de Estado, T. VIII, página 186).

“En los juicios de acción pública, la demanda la equiparan los tratadistas a una censura, una queja, contra la infracción de la Constitución, la ley o la ordenanza, a fin de dar asidero o motivo adecuado para que las autoridades encargadas de la revisión de los actos de empleados o entidades públicas adquieran jurisdicción necesaria y puedan revisarlos en guardia de la integridad de la ley, y por no ser po-

sible iniciar de oficio estas reparaciones". (Sentencia del 11 de junio de 1923. Anales del Consejo de Estado, T. XIV, página 379).

"Creo que es suficiente la simple lectura del libelo, para llegar a la conclusión de que se trata de la clásica acción pública que a todo ciudadano reconoce la ley 130 de 1931. El Tribunal se dejó impresionar por la declaración que hace el actor al afirmar que el acto acusado lesiona derechos particulares. Claro está que todo acto injurídico, inconstitucional o ilegal puede lesionar los derechos de los particulares sin que esto obste para quitarle a la acción pertinente su característica de pública. Para el Tribunal o quo es bien sencillo distinguir la acción pública de la privada: si lesiona intereses particulares es acción privada y si no los lesiona es acción pública. De donde se deduce que el acto administrativo que se acusa en acción pública no puede nunca lesionar directa ni indirectamente intereses o derechos particulares. Extremando las consecuencias de la doctrina del Tribunal se llegaría al absurdo de no poder ejercitar nunca la acción ciudadana.

El demandante se refiere de manera incidental a la lesión de derecho de los particulares, es decir, de los ciudadanos, pero no como causa o razón principal de su acción; no obra tampoco como personero de terceros ni alega su interés individual en el asunto. Ataca el acto administrativo por extralimitación de la función reglamentaria que compete a los Gobernadores, por abuso en el ejercicio de una autorización, por violación de la libertad de industria consagrada en la Constitución y porque la medida prohibitiva adoptada por la Constitución no tiene carácter general.

Además no debe perderse de vista, para evitar lamentables confusiones, que hay actos administrativos que pueden acusarse en una o en otra acción, en la pública para conseguir una nulidad con efecto *erga omnes*, y en la privada para conseguir el restablecimiento del derecho violado y la reintegración del patrimonio lesionado mediante el contencioso de plena jurisdicción". (Sentencia de 9 de noviembre de 1937. Anales del Consejo de Estado, T. XXXII, páginas 216 y 217).

Las doctrinas hasta aquí transcritas muestran la evolución habida con respecto a la acción pública y dejan ver claramente cómo en un principio se tuvo un criterio que limitaba demasiado su cabida, sacrificando al formalismo, con ello, los fines elevados del control en el Consejo de Estado en una sentencia más bien reciente, ha dejado de lado todo este bizantinismo y adoptando el sistema científico de clasifi-

cación de los actos administrativos, ha consagrado una tesis, que aunque contempla un caso particular, sí responde en su fondo a las necesidades de toda jurisprudencia moderna. Se trataba de la acusación de un acto de remoción injustificada de funcionarios del servicio de instrucción pública que conforme a las reglamentaciones de éste tenían derecho a la inamovilidad, habiendo los actores ejercitado la acción pública. Se discutió si ésta era admisible y el Consejo dijo en su sentencia:

“Sólo se discute si los demandantes tienen derecho a ejercitar la acción pública intentada.

Para el señor Fiscal carecen de tal derecho por tratarse de un caso de una situación jurídica personal y concreta, en que sólo cabe la acción privada por parte del interesado que ha sufrido lesión en sus derechos.

Mas no es del mismo parecer el Consejo: no se reúnen en el caso estudiado los caracteres esenciales del acto creador de una situación jurídica individual, y antes bien, resultan reunidos los caracteres esenciales de los actos-condiciones que sí dan lugar al ejercicio de la acción pública para el restablecimiento del orden jurídico alterado”.

Sigue la sentencia con un examen de lo que es un acto condición y luego agrega:

“Sentado pues, que el Decreto número 372 de 1938 no crea una situación jurídica individual y concreta, sino que es un acto-condición destinado a colocar a un individuo en una situación jurídica general, impersonal, objetiva, hay lugar al ejercicio de la acción pública contra el acto por el cual se remueve a un empleado público contrariando la ley o norma de derecho que lo hace inamovible y que exige ciertos requisitos de aptitud o capacidad para ser nombrado. Y es que en casos como éste la violación de estos actos-condiciones implica la infracción del orden jurídico de la Nación, ya que tal inamovilidad y la exigencia de tales requisitos no se han establecido solamente en beneficio del agente nombrado o separado, sino teniendo en mira las necesidades y conveniencias del servicio público”. (Sentencia de 29 de marzo de 1939. Anales del Consejo de Estado, T. XXXVI, páginas 75 y 76).

Pero para formar un mejor criterio sobre esta cuestión conviene que veamos, antes de mostrar el expediente hallado por la jurisprudencia para salir del aprieto, lo que el órgano supremo del contencioso ha dicho acerca de la acción privada.

“Toda lesión de derechos civiles procede de un acto inconstitucional o ilegal; pero el Legislador ha querido que los medios de defensa de esos derechos civiles no los ejerciten sino los propios interesados. De otro modo se daría cabida a un procedimiento de consecuencias hondamente perjudiciales para los interesados y los derechos privados”. (Sentencia de 7 de mayo de 1915. Jurisprudencia del Consejo de Estado, Archila, página 94).

“Se entiende que contra un acto o providencia de los funcionarios o de las corporaciones administrativas se intenta la acción privada, cuando se acusa como lesivo de los derechos civiles que pertenecen al actor o a su representado, o cuando aunque así no se exprese, el derecho es de aquellos que por naturaleza pertenecen exclusivamente a quien intenta la acción. Por el contrario, si el acto se denuncia como lesivo de derechos individuales o derechos civiles en general, ha de entenderse que no se intenta la acción particular o privada que la ley de lo contencioso administrativo confiere contra los actos que lesionan derechos concretos de determinada persona: se demanda el acto únicamente en cuanto viola las leyes que garantizan la facultad particular no ejercitada, pero que pueden ejercerse por todos aquellos individuos que hacen parte de la nación, es decir, se intenta entonces la acción ciudadana”. (Sentencia de 19 de abril de 1918. Anales del Consejo de Estado, T. VI, página 360).

“Es evidente que en toda acción privada, es decir, en todo caso de la lesión de derechos civiles, hay una violación de la Constitución o de la ley, porque precisamente la violación de esos preceptos es la que ocasiona la violación del derecho particular reconocido y amparado por aquellas leyes; pero como en tales casos se busca no el imperio de la constitución y de la ley por lo que éstas tienen de obligatorio en sí para todos los asociados, sino la suspensión de ciertos males o agravios causados a determinadas personas concretamente con el acto administrativo, aquí no cabe la acción pública sino la privada, con todas sus consecuencias y efectos judiciales”. (Sentencia de 9 de julio de 1924. Anales del Consejo de Estado, T. XVII, página 239).

“Ha sido jurisprudencia constante del Consejo, que la acción con que procede el actor no es pública ni privada, o no se considera con esos caracteres, por el nombre o la determinación que el demandante le dé en su libelo, sino por la naturaleza de la acción en sí misma, tal como ella aparezca a la luz de las disposiciones legales aplicables. Es muy co-

piosa a este respecto y muy antigua la jurisprudencia sostenida por la corporación en este punto.

Las resoluciones que en el presente caso se dicen acusadas en acción pública no afectan sino a un determinado y reducido grupo de personas, algunos maestros de las escuelas públicas del Municipio de Bogotá, y por consiguiente sólo ellas, las personas que se pretenden lesionadas, han podido acusarlas con intención de que prosperaran las demandas respectivas, por considerar que tales actos administrativos eran violatorios de sus derechos civiles.

Por donde se deduce, a juicio del Consejo, que la acción con que se intentó la demanda es una acción privada, no obstante que la demandante manifestó con claridad que intentaba la acción pública contra la primera de las resoluciones a que se ha aludido, y la acción privada contra las otras dos resoluciones de la misma autoridad, o sea la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social Municipal.

Por otra parte dijo el Consejo: cuando los actos administrativos son especiales, y se refieren a una o más personas particularmente, y por lo mismo sólo afectan los intereses de esas personas, únicamente encuentra cabida la acción privada, porque solamente quien se cree agraviado es el llamado a intentar el juicio correspondiente de nulidad, según los términos de la ley". (Auto de 29 de julio de 1937. Anales del Consejo de Estado, T. XXXI, páginas 812 y 813)..

"Procede la acción privada cuando el acto o providencia que se acusa se estima violatorio de la Constitución, la ley ó la ordenanza, en el concepto de ser lesivo de derechos civiles, de manera individual y concreta. Debe entonces el interesado, para que su demanda prospere, acreditar que es titular de un derecho de tal naturaleza y el perjuicio que por la aplicación de dicho acto sufre o se le irroga, si por otra parte aparece la existencia de una infracción a normas superiores.

Esta restricción legal, por lo que hace a la lesión de derechos civiles, indica que no cabe el ejercicio de la acción pública invocando el desconocimiento en abstracto, o sea substituyéndose quien demanda a cuantos pudieran creerse agraviados con el acto de que se trate". (Sentencia de 17 de junio de 1938. Anales del Consejo de Estado, T. XXXIII, página 320).

Bien claramente resalta en las anteriores doctrinas que el Consejo de Estado, por causa de la ley, ha tenido que mantenerse en sus apreciaciones acerca de las acciones en el terreno de la vaguedad, tra-

tando más bien de atender en cada caso a las circunstancias que le sean especiales, pero sin poder determinar de una manera precisa, pero ni siquiera aproximada, el criterio diferencial de ambas acciones. A-notábamos antes cómo en los actos que lesionan los derechos civiles, concepto este que a su vez es imposible de determinar, también hay violación de la ley, y en algunas de las sentencias que hemos extractado podrá verse la dificultad que por esta razón se presenta y la necesidad a que se ve avocado el fallador de recurrir a escarceos de la imaginación para poder acomodar la realidad a la ley. Ante tantos inconvenientes la jurisprudencia se ha visto impulsada a la admisión de una nueva acción, la mixta, que se presenta en los casos en que tienen cabida las dos primitivas al mismo tiempo. Algunos conceptos del Consejo de Estado ilustrarán este punto.

"Para saber si contra un acto de autoridad administrativa procede la acción privada de nulidad, o la acción pública, o ambas, hay que tener en cuenta si el derecho que afecta ha entrado o no al patrimonio individual, y si haciendo parte de ese patrimonio subsiste o no respecto de los demás como facultad garantizada por la Constitución o por la ley para poder ser ejercitada". (Sentencia de 4 de agosto de 1920. Anales del Consejo de Estado, T. IX, página 700).

"Ocurre que en ocasiones un acto de carácter general y obligatorio para todos los asociados afecte principalmente a una determinada persona o grupo ciudadano, como cuando se trata de disposiciones sobre determinadas industrias. En extremos tales coexistirán la acción pública y la privada; la primera en cuanto se trata de un acto de carácter general irregular, que requiere el restablecimiento de las disposiciones constitucionales y legales violadas; y la segunda, en cuanto ese mismo acto de alcance genérico lesiona los intereses de una o más personas determinadas. Pero cuando los actos administrativos son especiales y se refieren a una o más personas particularmente y, por lo mismo, sólo afectan los intereses de esas personas, únicamente encuentra cabida la acción privada, porque solamente quien se crea agraviado es el llamado a intentar el juicio correspondiente de nulidad según los términos de la ley". (Sentencia de 9 de julio de 1924. Anales del Consejo de Estado, T. XII página 240).

"Pero también tiene dicho el Consejo, no una sino repetidas veces, que la acción mixta sólo es procedente cuando se trata de un acto de carácter general y obligatorio para todos los asociados, acto que por su naturaleza quebranta el orden jurídico de la comunidad pero le-

siona igualmente el derecho individualizado del demandante. En tales casos coexistirán la acción pública y la privada: la primera, en cuanto se trata de un acto de carácter general irregular que demanda imperio de las disposiciones constitucionales y legales violadas; y la segunda, cuando tal norma objetiva lesiona los intereses de una o varias personas interesadas". (Auto de 3 de agosto de 1937. Anales del Consejo de Estado, T. XXXI, página 786).

"El interés privado no se opone al interés público, como ha creído el Tribunal de primera instancia. Es necesario que se haga justicia al particular agraviado por un acto administrativo y se restablezca el derecho lesionado; pero no es menos importante la conservación del orden jurídico existente. En el primer caso el ofendido debe volver por sus fueros; en el segundo, la ley ha otorgado a los ciudadanos el derecho correspondiente para el restablecimiento del orden jurídico violado. Por esto, cuando un precepto afecta un derecho civil individual y al mismo tiempo rompe las normas superiores de la Constitución o de la ley, tiene cabida, tanto la acción privada como la acción pública. Existe entonces el derecho a la doble acción, llamada comúnmente acción mixta". (Sentencia de 9 de noviembre de 1938. Anales del Consejo de Estado, T. XXV, página 959).

En realidad, en esta cuestión de las acciones contencioso administrativas en Colombia, es preciso hacer una separación de períodos, el primero que se extiende desde el establecimiento de la jurisdicción con individualidad propia hasta cuando fue dictada la ley 80 de 1935 y el otro desde la vigencia de ésta en adelante. Y decimos que hace falta verificar esta separación, porque sólo el nuevo estatuto legal da alguna base suficientemente firme para hablar de la acción privada, porque es entonces cuando el objeto pleno de ésta aparece. Antes, excepto en materia de impuestos y de elecciones, si el acto administrativo era de ejecución o si no siéndolo él mismo en sí, hubiera operado materialmente en las relaciones jurídicas, quien obtenía una solución favorable a sus intereses lograba en la mayoría de las ocasiones sólo una satisfacción platónica porque no era restablecido su derecho afectado. No obstante eso, la objeción fundamental que se impone hacer a esta clasificación de las acciones es la de que es excesivamente formalista, lo cual arrastra a un empirismo perjudicial sobremanera en este sector jurídico, cusa de que se haya tenido que recurrir por la jurisprudencia a la acción mixta, que como se puede notar en las doctrinas transcritas, no obedece a ningún criterio científico y trata únicamen-

te de compaginar la divergencia existente entre la ley y la realidad en los casos en que los hechos imponen hacerlo así, lo que acaece, en nuestro concepto, en casi todas las oportunidades. Tan poco racional es esta clasificación, que el Consejo de Estado en la exposición de motivos al proyecto de nuevo Código ha expresado su concepto sobre el punto así:

"Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, y hasta donde ello ha sido posible dentro de las peculiaridades de la organización política y administrativa de Colombia, se echan las bases legales que estructuran el contencioso de anulación y el contencioso de plena jurisdicción, criterio de contenido científico mucho más hondo que el que puso en vigencia la ley 130 de 1913, al instituir las acciones denominadas pública y privada, que más tarde, bajo el impulso de una jurisprudencia de alcance científico muy discutible y discutido, debían dar nacimiento a una tercera acción con el nombre de mixta.

Esta división tripartita de acciones ha sido el motivo de permanentes críticas, especialmente en lo que respecta a la privada y a la mixta. En lo que a esta última concierne, la misma jurisprudencia del Consejo en ningún punto como en éste ha sido tan variable e incongruente, no sólo en cuanto al fundamento y alcance de la acción, sino en cuanto a su existencia misma, que unas veces se admite y afirma y otras se niega de modo rotundo y sistemático, creándose así un verdadero caos en materia de tanta entidad y trascendencia".

Los actos administrativos pueden consistir en meras declaraciones de querer, pudiendo éstas revestir un carácter general o individual, y en manipulaciones sobre las realidades materiales. Si se trata de lo primero no se produce un perjuicio, no se afecta ningún interés particular, cuando se hace en violación del derecho, de manera que en realidad los actos entonces ejecutados únicamente podrán ser el origen de la operación material que vaya a producir un efecto contra el derecho de los individuos; de ahí que consideremos que entonces no podrá caber, dentro de un concepto de estricta legalidad, la acción privada. Sin embargo, puede suceder que esas declaraciones de voluntad, en el caso de que revistan un carácter individual, produzcan inmediatamente el efecto material, de manera que sólo con un criterio un poco sutil pueda distinguirse éste de aquélla y entonces sí habría lugar a admitir la acción privada.

No obstante lo anterior, si se hace una declaración de voluntad por la administración como acto preparatorio de otro que sí va a afec-

tar un interés individual, quien tenga éste no tiene por qué permanecer inerte esperando que la violación del derecho se consuma. Si recurre al contencioso se planteará el problema de la acción que debe emplear, pues no puede hablarse aún de lesión de derechos civiles, pero como se trata de impedir que ésta acaezca, se encuentra un interés individual en presencia y tampoco parece lógico, dentro del sistema, que sea la acción ciudadana la ejercitada.

Hablábamos más arriba de que los actos administrativos pueden también consistir en manipulaciones sobre las realidades materiales y entonces el absurdo del sistema original de la ley 130 de 1913 salta a la vista. El fin de la acción privada según ella es también obtener la declaratoria de nulidad, es decir, borrar de la vida jurídica lo que no ha sido hecho conforme al derecho; pero los actos materiales no son susceptibles de que con ellos se haga esto, porque ya han producido su efecto, han pasado: un acto material no se anula, sino que se repara el daño que contra el derecho se causó con él. Aquí podrá notarse que en el campo en donde más fructífera podría ser la llamada acción privada, no tiene cabida, porque el modo como necesariamente tiene que obrar el contencioso no se acomoda a él.

Vino después la ley 80 de 1935, que estableció la competencia para que al mismo tiempo que se decretara la nulidad de un acto, se fijara la manera como debe ser restablecido el derecho violado. Se abre aquí una puerta amplia a la acción privada, que entonces ya tiene un objeto más preciso; sin embargo, las meras operaciones administrativas quedan por fuera del recurso contencioso, por acción privada, que en el fondo sólo encuentra cabida en los casos en que el efecto material se encuentra íntimamente ligado a la declaración de voluntad.

Las anteriores observaciones mostrarán las razones potísimas que hay para considerar como anticientífico el sistema existente en la actualidad, que salvo en cuestiones electorales y en parte en materia de impuestos, no da satisfacción ni al interés social ni al interés particular, y sólo ha originado un maremagnum en el control de la legalidad administrativa, porque por fuerza de él los órganos de lo contencioso administrativo han debido entregarse a un empirismo que ningún resultado eficiente puede dar.

Es quizás esta cuestión de las acciones la que más culpa tiene en el fracaso del sistema actual, que no ha podido hacer de nuestro derecho administrativo un cuerpo de doctrina armónico y capaz de satisfacer las necesidades del Estado de ahora. De ahí que al querer ha-

cer el paralelo entre lo existente y la reforma proyectada, hayamos detenido nuestra atención en este aspecto de la reglamentación de lo contencioso administrativo. Y aunque nuestra intención fuera dar una visión de conjunto de ambos sistemas en su totalidad, creemos que por ahora basta con lo que hemos mostrado como erróneo en lo existente, restándonos entonces analizar la manera como se le piensa subsanar.

Pero quizás nos falta aun decir que no obstante lo dispuesto en el artículo 1o. de la ley 130, que al principio transcribimos, la fijación de competencia desvirtúa por completo nuestro contencioso-administrativo, haciendo de él un instrumento de excepción, sin acordarse de que su existencia se funda en la necesidad de que el sistema administrativo del Estado forme un circuito cerrado, que encierre toda la administración pública bajo sus aspectos activos y pasivos, es decir, de movimiento y de contención a este movimiento. Entre nosotros sigue siendo juez ordinario en materia administrativa el órgano judicial del poder público, teniendo tal carácter limitado por las excepciones en que consisten las leyes reglamentarias de lo contencioso-administrativo.

BASES DE LA REFORMA PROYECTADA

Siguiendo un método opuesto al utilizado en la ley vigente, en el proyecto de nuevo Código se atribuye primero la competencia a los órganos de lo contencioso administrativo, para luego pasar a sentar las tesis generales que lo conformarán. Así, en el capítulo V se fijan las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado; en el VI las de los tribunales administrativos y en el VII se trata de la jurisdicción contra los actos de la administración.

Habiéndose establecido antes en cuales casos debe actuar el Consejo de Estado, el artículo 53 estatuye:

“Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el Título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia”.

Y el artículo 75 dice:

“No son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa:
1o. Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato de índole civil.

20. Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraudes a las rentas nacionales, departamentales o municipales;

30. Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes;

40. Las atribuídas por la ley a otra jurisdicción”.

En virtud de la primera disposición transcrita queda claramente consagrado que el Consejo de Estado, supremo tribunal de lo contencioso administrativo, será el juez administrativo de derecho común y en virtud de la segunda se establecen los casos en que esa regla tendrá excepción. No ocupará ya la jurisdicción administrativa un lugar incómodo, marcado por límites demasiado estrechos, de los cuales en multitud de casos se sale la administración en su acción, quedando entonces sus actos fuera de la jurisdicción que le es propia y cayendo en una extraña, que por razón de un sistema legal anormal es el respectivo juez de derecho común.

La administración obra por lo general como entidad de derecho público, ya que no se concibe por razón de qué causa vaya a estar en la mayoría de las veces fuera del campo de su especialidad; si es admisible que esto acaezca en ocasiones para dar satisfacción al ideal de justicia, informador de todo derecho, no es cierto como aparece del criterio de la ley vigente, que con frecuencia inusitada sean los marcos del derecho privado los que encierren los actos de los órganos administrativos. Habiéndose reconocido la importancia y justificación científica de la jurisdicción especial y habiendo el constituyente ordenado establecerla, el legislador tenía el deber de considerar que en materia administrativa sería atribuído a su órgano principal el carácter de juez de derecho común. Se impone, pues, desde un punto de vista no sólo jurídico sino legal, el implantamiento de este aspecto de la reforma.

Para no alargarnos no entraremos en los detalles de la atribución de competencia: bastará con decir que a la jurisdicción ordinaria no le tocará conocer ni de las cuestiones nacidas de contratos administrativos, ni de las originadas en la jurisdicción coactiva del fisco, ni de las indemnizaciones a que haya lugar por el funcionamiento de los servicios públicos.

Pasamos ahora a la consideración de los principios que fundamentan las acciones en el proyecto, y sobre los cuales nos ilustra el siguiente pasaje de la exposición de motivos:

"La actual legislación sobre lo contencioso-administrativo, dice, reserva al ciudadano el ejercicio de la llamada acción pública, y aún no se ha sentado una doctrina definitiva que declare quién es el sujeto de esta acción. En ocasiones se ha sostenido que su ejercicio compete únicamente a quien tiene la calidad de ciudadano, según la definición que de este término trae la Constitución Nacional: el colombiano mayor de veintiún años, con lo cual quedan excluidas las personas jurídicas, los extranjeros, etc. Y en otras, esta interpretación restringida se ha ampliado concediendo la acción para ocurrir en demanda a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, conforme ocurre con el recurso de inexecutable de las leyes ante la Corte. El proyecto confiere expresamente este derecho "a toda persona", eliminando así las dificultades presentes. Por este aspecto, la acción de nulidad, cuyos rasgos generales quedan expuestos, se diferencia de su similar del derecho francés, en que la de éste requiere un interés en quien la instaure, que debe demostrarse, aunque desde hace algún tiempo este requisito esencial tiende a desaparecer por la elaboración de una jurisprudencia constante, que lentamente ha ido reduciendo ese interés, al extremo de considerar que basta el simplemente jurídico. La institución colombiana al otorgar el derecho a la acción a toda persona, sin exigir que se tenga ni se demuestre interés en la anulación que se solicita, persigue una mejor preservación del orden jurídico, constituyendo al ciudadano en guardián de la ley y en vigilante de los actos de la Administración.

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 restablezca objetivamente, por medio de la anulación del acto perturbador, el 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 1913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto por lesión de un derecho civil; pero, como es obvio, tal acción, así limitada en su alcance y sus efectos, estaba aún 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”.

Se deja, pues, a un lado la división de las acciones que hasta ahora existe y que, como lo mostramos, es errónea y a nada eficiente conduce por los vicios que encierra, y adelantando en el progreso de nuestras instituciones jurídicas, siempre inspiradas en las construcciones de los juristas franceses, se entra por la distinción de dos especies de contencioso, que reponen a los nombres de contencioso de anulación y contencioso de plena jurisdicción. ...

Las siguientes disposiciones consagran en el proyecto el contencioso de anulación:

“Artículo 64.—Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 65.—Las ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales serán acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo.

Los decretos, resoluciones y otros actos de los Gobernadores son acusables por los mismos motivos y, además, por violación de las ordenanzas.

Por las mismas causas y también por violación de los decretos y reglamentos de los Gobernadores serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental.

Artículo 66.—Los decretos, resoluciones y otros actos de los Intendentes y Comisarios son anulables en los mismos casos y por los mismos motivos que las ordenanzas departamentales.

Artículo 67.—Son acusables igualmente los Acuerdos y otros actos de los Concejos Municipales en el concepto de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamentos del Gobernador.

Los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal serán anulables por los mismos motivos y, además, por la violación de los acuerdos de los Concejos.

Artículo 68.—Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados.

Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere”.

Se principia por determinar cuales actos y por qué motivos son susceptibles de ser acusados, haciendo referencia a ellos de acuerdo con la escala que a cada uno le corresponde en la prelación establecida para la aplicación de los actos de los organismos públicos, y luego se concede facultad para la acusación a toda persona determinando que la acción se llama de nulidad y tiene cabida no sólo en los casos de ilegalidad visible en la substancia del acto, sino también cuando al ejecutarlo se ha faltado a las reglas de la norma, o el funcionario se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones, o se ha desviado del fin que limita su propia competencia para obrar o la general del Estado.

Viene la acción de nulidad a ocupar el puesto que antes correspondía a la llamada popular, pública o ciudadana, pero se amplía su cabida, pues se hace admisible para atacar todo acto contra el cual no exista ya recurso administrativo, sea quien fuere el funcionario o corporación actuante; de ahí que de la nueva reglamentación vaya a resultar un gran progreso con el control de la legalidad administrativa.

pues no se dará ningún caso en el que haya violación de la ley, sin que los ciudadanos puedan impedirlo.

Lo que caracteriza al contencioso de anulación es que con la acción no se persigue obtener una satisfacción personal, ni una sustitución de un acto anterior por la decisión diferente que el Tribunal correspondiente dicte, sino que únicamente tiene por fin obtener que se declare que el acto acusado carece de validez jurídica porque el funcionario o corporación que actuó no se ciñó al hacerlo a las normas que le obligaban. Por razón de esta naturaleza el fallo respectivo únicamente puede contener la declaratoria de nulidad. Acerca de él dice Jean Appleton en su *Traité du Contentieux Administratif*:

“El contencioso de anulación está dirigido contra un *acto*, una decisión, lo que sucede aun en el caso que se provea contra el silencio guardado por la Administración con respecto a una reclamación: en este caso el silencio se asimila a una decisión implícita de rechazo.

Esta rama del contencioso puede reducirse a la teoría general de las nulidades; un acto administrativo no puede producir efectos jurídicos sino cuando es legalmente hecho por una autoridad pública, en el límite de sus poderes, con las formas requeridas por la ley, y (particularidad importante) *en el espíritu de su función*. La invalidez del acto, debidamente reconocida, hace caer sus efectos jurídicos”.

La disposición proyectada no se limita a determinar que la acción está abierta en determinados casos de violación de una norma, sino que, saliéndose de la pura determinación formal, establece que habrá lugar a ella siempre que se incurra por alguien que obre en nombre de la administración, en un exceso de poder, y aun más, siempre que obrando aparentemente dentro de derecho, haya incurrido en una **desviación en el ejercicio de sus funciones**.

Aunque no vemos desde un punto de vista teórico la necesidad de las precisiones que se hacen en el artículo 68 del proyecto, porque nos parece que sin tener disposición semejante en la reglamentación existente la jurisdicción contencioso administrativo puede obrar de la manera allí prevista, sí nos parece que fijando en la ley doctrinas definitivamente adquiridas por la ciencia, se logra evitar discusiones inútiles en las que no pocas veces queda enredada la justicia. Además, el hacerlo tiene la ventaja de que se les sueltan las amarras de la timidez a quienes van a ser órganos del contencioso administrativo, permitiendo así la creación de una jurisprudencia de altos alcances.

Hay en el proyecto una disposición que en este punto, por su trascendencia y urgencia, no podemos dejar a un lado. Nos referimos al artículo 82, que dice:

"Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando, interpuestos algunos de los recursos negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".

Salva este artículo una dificultad que cada día estorba más a los administrados en su actividad social y que consiste en la situación de impotencia en que se ven colocados cuando habiendo recurrido a un funcionario administrativo, éste opta por el llamado procedimiento del cajón de escritorio: guardar la actuación y abstenerse de resolver lo solicitado, con lo cual el interesado se ve sin medio para defenderse, pues no puede recurrir al contencioso por faltar acto que sirva de base a la acción. Con la regla sentada en el artículo 82 transcrito se evita este inconveniente, pues la abstención para decidir se mira como un acto de negativa y contra éste podrá el interesado instaurar la acción del caso. En relación con el contencioso de plena jurisdicción da el proyecto la siguiente reglamentación:

"Artículo 69. 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 aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.

Artículo 70.—También puede pedirse el restablecimiento del derecho *cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativas*. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".

El contencioso de plena jurisdicción ha sido también llamado contencioso subjetivo, aunque en nuestro concepto esto no es exacto, ya que consideramos que cuando se busca únicamente la anulación de un acto, quien lo hace es un administrado que como tal tiene derecho subjetivo a la legalidad administrativa. Es claro que no se trata entonces de algo individualizado, pero consideramos que en todas las situaciones de derecho administrativo en que no se encuentran en presencia únicamente personas de carácter administrativo, existe para todos los que se encuentran dentro de un Estado un interés jurídicamente protegido a que el funcionamiento de él se sujeta al derecho. Este concepto

nuestro se encuentra acorde con el de Roger Bonnard, quien en sus "Precis de Droit Administratif" dice:

"Hay en eso puntos de vista que no pueden ser retenidos. Como se ha visto a propósito de los derechos subjetivos de los administrados, puede haber para los interesados derecho subjetivo a la legalidad de los actos jurídicos y por consiguiente este contencioso de la regularidad de los actos jurídicos es un contencioso subjetivo como el contencioso de la ejecución de las reglas de derecho. En realidad el único contencioso objetivo es el penal".

El contencioso de plena jurisdicción se diferencia del de anulación en que mientras éste termina por una solución en la que se declara la invalidez o nó del acto a él sujeto, aquél tiene por resultado un fallo en que no sólo se limita el órgano que lo da, a decir que el acto es nulo o que la administración obró mal, o hacer la negación correspondiente, sino que también se determina en él, en el caso de que sea conforme en todo o en parte con las pretensiones del actor, la manera como se hará la reparación de los daños que a éste se le hayan producido a causa del acto o hecho sujeto a la censura jurisdiccional.

De acuerdo con lo anterior aparece bien claro que este contencioso lo es principalmente de la materialidad administrativa; en él no tiene tanta importancia la declaración de voluntad sino el hecho, del cual se desprende la afectación de un interés individual. Se acerca bajo este aspecto la jurisdicción administrativa a lo que generalmente se presenta en las acciones civiles en las que la potestad jurisdiccional se basa principalmente en los hechos, como consecuencia de los cuales el juzgador fija la norma de derecho aplicable.

Conocido el carácter de ambos contenciosos se ve la razón que existe para propugnar porque la nueva reglamentación que se ha propuesto sea aceptada por el legislativo nacional, ya que los inconvenientes anotados al sistema vigente son demasiado graves y perjudiciales para la buena marcha del Estado. Es preciso notar sobre todo la necesidad imperiosa de proceder a adoptar la norma que prevé el artículo 70 del proyecto, porque en realidad no existe en la actualidad un control efectivo de la legalidad de los hechos y operaciones administrativas, pues si en verdad el procedimiento judicial ordinario se ha utilizado hasta ahora buscando ese efecto, su carácter propio, la mentalidad de los encargados de la justicia ordinaria y lo dispendioso de sus acciones, no dan adecuada satisfacción a los principios jurídicos esenciales a la administración pública.

Si la ley 130 de 1913 fue un buen principio, el choque con la realidad social ha mostrado sus efectos y se impone su sustitución, para que así tenga cumplida efectividad. La reforma anhelada y propuesta puede ser recomendada con las mismas palabras con que los ilustres comisionados del Senado de la República, doctor Antonio José Cadavid y Rafael Uribe Uribe, apoyaron la expedición de la citada ley. Ellos dijeron:

“Todo esto que es malo y muy malo, encontrará un correctivo eficaz con el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es necesario que tengamos jueces a quienes podamos quejarnos con confianza en nombre de la ley. Que no sea un apellido ilustre, muchas veces malamente llevado, lo que valga como argumento supremo en una causa en que se disputa sobre el derecho, igual para todos los colombianos. Que no sea nuestra posición social o política la que refuerce nuestras querellas con la Administración pública. Que no sea el temor el que vaya a inspirar una decisión que sólo debe inspirarse en el respeto de la justicia. Que la ley tenga la plenitud de su imperio”.