

## ACCION DE NULIDAD (53)

*Dr. Jairo Duque Pérez*

53) Según Manuel Argañarás, doctrinalmente la aparición de este contencioso en el campo jurídico, ha sido muy posterior al contencioso de plena jurisdicción, y responde a una finalidad muy distinta pues mientras éste se instituye para amparar el derecho de los administrados frente a la Administración que lo hubiese desconocido o vulnerado, el contencioso objetivo ha sido creado en amparo de la legalidad infringida en el acto administrativo.

Este contencioso que también se denomina de ILEGALIDAD, es llamado RECURSO POR EXCESO DE PODER (no confundir con la causal de impugnación EXCESO DE PODER que tiene su significación precisa) en el derecho francés, para caracterizar con ello el vicio de ilegalidad del acto administrativo por las siguientes causales: a) INCOMPETENCIA del órgano administrativo; b) INOBSERVANCIA de las formas o procedimientos señalados por la norma; c) VIOLACION de la ley; d) Producción del acto por MOTIVOS EXTRAÑOS a la finalidad de la ley que lo autoriza (DESVIACION DE PODER).

Es una acción que además de la tutela del orden jurídico general, persigue la garantía de los derechos de los administradores. Dice Rolland sobre esto: "el recurso por exceso de poder constituye ante todo un instrumento destinado a dar garantías a los particulares, a proteger sus derechos y libertades contra los abusos de la Administración".

"El contencioso de nulidad se edifica sobre el principio de la necesidad pública del mantenimiento de la legalidad. En esta base esencial hallan su fuente las características del recurso que son: titularidad de la acción en todas las personas; imprescriptibilidad de la misma, o lo que es igual, posibilidad de interponerlo en cualquier tiempo, y efectos ERGA OMNES del fallo que se dicte para rematarla. Y también se encuentra la razón de su objeto, que no es otro que velar solo y exclusivamente por los fueros de la legalidad en su estructuración jerárquica, buscando por todos los medios posibles que la actividad de la Administración y en todo caso, la norma objetiva, se arregle siempre a la que le precede en poder ordenador. Así la Ordenanza a la ley, ésta a la Constitución, y el Decreto a aquélla y a ésta. En el contencioso de LEGALIDAD como lo anota Bonnard —el debate no puede recaer sino sobre la legalidad de un acto administrativo, hecha abstracción de los derechos subjetivos que puedan dimanar de ese acto. La CAUSA PETENDI se limita estrictamente a la cuestión de la legalidad del acto".

Por medio de esta acción los ACTOS ADMINISTRATIVOS violadores del orden jurídico general, atendiendo a las distintas categorías de normas que lo integran, son susceptibles de acusarse. La ley colombiana no restringe los actos objeto de esta impugnación y por el contrario, en las respectivas disposiciones del C. C. A., hace una amplia enunciación de los que pueden acusarse por este contencioso, empleando como ya quedó visto, el sistema de la CLAUSULA GENERAL.

En nuestro derecho la ACCION DE ANULACION o de NULIDAD es de naturaleza OBJETIVA porque está creada por la ley con miras a asegurar el imperio de la legalidad objetivamente considerada y en tal virtud, no se exige al accionante titularidad de un derecho violado, pero ni siquiera la de un interés legítimo. En esto se diferencia del sistema francés y uruguayo entre otros.

El art. 66 del C. C. A. en forma generosa concede la acción a toda persona sin restricción alguna y no somete su ejercicio a término.<sup>54</sup> El fin fundamental es asegurar la regularidad jurídica de la actuación administrativa, la defensa de la legalidad, de la regla de derecho. Desde este punto de vista nuestro sistema es más avanzado que el francés, a pesar de que de éste también se dice que es OBJETIVO no obstante la necesidad del actor de demostrar su interés al menos indirecto o general, en la promoción de la acción.<sup>55</sup>

Todos los actos administrativos con las excepciones que posteriormente se anotarán, caen bajo el control de legalidad por la acción de nulidad.

54) Ley 135/61 dispone que son nulas las adjudicaciones que se hagan contraviniendo normas de esa ley y da acción pública duradera 2 años.

55) En el derecho francés el recurso puede ser elevado por todo individuo que tenga interés en la anulación del acto enjuiciado.

El mero interés es pues, bastante, sin que sea necesario justificar este interés con un derecho lesionado. Es interesante anotar que la jurisprudencia ha tenido siempre una concepción muy amplia de la noción de interés.

La simple cualidad de ciudadano o de contribuyente de un estado no basta sin embargo para justificar el interés; se exige un título suplementario, por ejemplo, el interés de un contribuyente de la comuna en emplazar a las deliberaciones financieras o en materia fiscal del Consejo Municipal, el interés de un propietario sobre los actos administrativos que afectan a la propiedad del comercio en lo relativo al comercio. Los funcionarios tendrán un interés legítimo al impugnar decisiones susceptibles de influir en algún modo sobre su situación y, en general, sobre los actos que digan referencia con su estatuto.

Las agrupaciones (asociaciones, sindicatos) pueden elevar recurso contra los actos que presenten un interés colectivo para todos o parte de sus miembros. Estos ejemplos que podrían multiplicarse al infinito, bastan para demostrar la liberalidad de la jurisprudencia.

(Revista de la Comisión internacional de juristas, primera parte. Edición especial, 1968).

lidad. Debe entenderse por acto administrativo, el que ORGANICAMENTE tiene el carácter de tal, aunque en su fondo tenga un contenido distinto, pues como dice Berthélemy *la forma en estos actos, cubre el fondo*.

Según lo dicho, los actos ADMINISTRATIVOS pueden ser objeto de la acción de nulidad, y también como se verá en su sitio, de la acción de PLENA JURISDICCION. Debe entonces precisarse la noción de acto administrativo, y fijar el criterio que se debe tener en cuenta para ello. Es en este aspecto donde el criterio formal u orgánico, presta su auxilio, porque si se atendiera al material se correría el riesgo de escindir las funciones fundamentales de los tres órganos del poder público y se colocaría a los organismos de lo Contencioso-Administrativo en una posición de superioridad frente a los organismos de la Jurisdicción ordinaria principalmente Corte Suprema de Justicia, que tiene funciones de control de constitucionalidad.

Es pertinente sobre este punto, traer la siguiente cita de la obra del Dr. Tobón Arbeláez:

“Pero esta determinación puramente formal de la función administrativa, si cómoda por dispensar de un análisis profundo tiene el vicio fundamental de ser artificial y por tanto, no corresponde a la realidad de las nociones jurídicas que debe encarnar. Sin embargo, no es posible negarle toda importancia, ya que es guía importante en la determinación del control de la administración y en la apreciación de los derechos subjetivos de los administrados en sus calidades de tales. Por tanto, si teóricamente no corresponde a los fines que se deben seguir al buscar un criterio diferencial de funciones, su importancia práctica es apreciable. Y ES QUE LA GARANTIA DE LOS DERECHOS DE LOS INDIVIDUOS EN FRENTE A LOS EXCESOS DE LA AUTORIDAD, ESTA ORGANIZADA TENIENDO COMO BASE LOS ORGANOS Y NO LAS FUNCIONES, y sería muy difícil, si no casi imposible, que este orden de cosas se cambiara. Por eso dice acertadamente Duguit que “las cuestiones de recursos no se relaciona a la teoría de las funciones, sino a la de los órganos”.

El acto administrativo en toda declaración unilateral de la voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos o, de acuerdo con Zanobini, cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizados por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa.<sup>56</sup>

Algunos autores estiman que el acto administrativo está destinado a producir únicamente, efectos subjetivos, lo que no resulta exacto en nuestro derecho ya que el reglamento, acto esencialmente administrativo, crea efectos generales.

Con la definición de Zanobini pretendemos incluir dentro del objeto de la impugnación en acción de nulidad, aún aquellos actos administrativos que no son declaraciones de voluntad, como suele suceder generalmente, pero que sí implican declaraciones de juicio, de conocimiento y deseo, realizados por la Administración y que tienen efectos jurídicos.

La acción ANULATORIA persigue siempre la anulación de actos administrativos, en primer lugar los *estricto sensu*, los actos jurídico-administrativos, y en ciertos casos los administrativos objetivos. Quedan excluidos como lo tiene consagrado la doctrina, los *actos de naturaleza no administrativa* tales como los legislativos, jurisdiccionales y los regulados por el derecho común; los actos de gobierno según ciertos ordenamientos jurídicos como el francés y español; y hasta la reciente reforma judicial nuestra, los actos administrativos bilaterales, contratos administrativos o más propiamente, las resoluciones a que éstos den origen. (57 y 58).

Se excluyen igualmente, las actividades de otros entes jurídicos *extraños* al Estado Colombiano, las actividades del mismo estado ejercidas en base a otra función estatal que no sea la administrativa, y las actividades de la propia administración que no puedan calificarse propiamente de *actividad administrativa*.

- 56) Según esta definición quedan excluidos de la acción pública por una parte, los actos LEGISLATIVOS, los que emanan de las autoridades judiciales, en virtud de la aplicación del principio de separación de poderes, y los contratos. En contrapartida, la definición abarca todos los actos administrativos individuales o reglamentarios, independientemente de autoridad ejecutiva de que puedan emanar: sea el Presidente de la República, los ministros, alcaldes, etc.
- 57) Actos de gobierno son los actos adoptados por el Gobierno en sus relaciones con el poder legislativo y con las demás potencias extranjeras.
- 58) Sólo los actos administrativos generales o individuales pueden ser objeto de un recurso contencioso administrativo de anulación; y entendemos por acto administrativo "aquella manifestación de voluntad realizada por una autoridad pública actuando en ejercicio de la función administrativa, con el objetivo de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser, o la creación de una situación jurídica individual o general, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general".
- La Sala Político-Administrativa de la actual Corte Suprema de Justicia de Venezuela, da la siguiente definición de Acto Administrativo:  
"Aquellas manifestaciones de voluntad emanadas de las autoridades administrativas y que tienen por objeto producir efectos de derecho, generales e individuales".

Por la misma razón se marginan de esta jurisdicción, los litigios entre los particulares de cualquier naturaleza que sean; así como también los litigios entre un particular y un estado extranjero o cualquier organismo internacional no sometido a la soberanía del estado colombiano (59).

*El acto legislativo no puede impugnarse ante la J. C. A.; decimos que ésta es incompetente para conocer de los litigios concernientes a la actividad LEGISLATIVA y de acciones de nulidad de los actos LEGISLATIVOS.*

El principio de legalidad que domina toda la actividad del Estado Colombiano, exige sin embargo, la existencia de un control jurisdiccional para la actividad de los cuerpos legislativos ejercida en función legislativa. El principio de legalidad aplicado a esta función se traduce exclusivamente en CONSTITUCIONALIDAD, ya que ella se ejerce en ejecución directa de la Constitución. Por tanto, el control a que están sometidos los actos del poder legislativo es solamente un control de CONSTITUCIONALIDAD de dichos actos, que en nuestro ordenamiento incumbe privativamente a la H. Corte Suprema de Justicia, por el doble freno de la INEXEQUIBILIDAD y la INAPLICABILIDAD consagrado desde la reforma constitucional de 1.910 (Acto legislativo Nro. 3) y recientemente reformado en algunos aspectos de improtancia, por la reforma Constitucional de 1968 (60). Lo mismo cabe decir de los decretos legislativos, decretos extraordinarios y los dictados por el Gobierno en uso de las especiales atribuciones a que aluden los numerales 11 y 12 del art. 76 de la Constitución. En estos casos no se trata de un propio control contencioso administrativo, sino constitucional.

#### *Cómo se ejerce el control de constitucionalidad.*

Respecto de las leyes y proyectos de Ley que hayan sido objetados de inconstitucionalidad por el Presidente de la República, una vez declaradas infundadas las objeciones por la mayoría a que se refieren los arts.

- 
- 59) Recuérdese que es posible que haya actos administrativos que emanen de un particular, como acontece con los que se originan en la concesión administrativa.
- 60) No debe perderse de vista que desde la Constitución del 86, se le dio a la Corte Suprema de Justicia competencia para conocer de la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el Presidente como inconstitucionales; pero no existía la propiamente denominada acción de INEXEQUIBILIDAD, que sólo vino a consagrarse en el Acto Legislativo N° 3 de 1910.

88 y 80 de la C. N., el respectivo proyecto pasa a la Corte Suprema para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad". (Art. 90 y 214 C. N.).

Para las leyes y los Decretos Legislativos que el Presidente dicte en ejercicio de las facultades que le concede el art. 121 de la Constitución, así como para los decretos extraordinarios a que aluden los numerales arriba citados de la misma Constitución, en ACCION DE INEXEQUIBILIDAD promovida ante la Corte Suprema, por cualquier ciudadano. (Art. 214 C. N.).

Respecto de los decretos ejecutivos distintos a los anteriores, en acción de NULIDAD, por inconstitucionalidad, ante el Consejo de Estado. (Art. 216 C. N.).

Para los otros actos de los organismos nacionales, departamentales o municipales, ante los respectivos Tribunales administrativos.

La reforma Constitucional de 1.960 (60 bis) le dio ingerencia al Legislador en el proceso de control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Presidente en uso de sus funciones excepcionales a que alude ese artículo. El art. 121 quedó así:

El Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el art. 121 de la C. N. sino previa convocatoria del Congreso en el mismo Decreto en que declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, ya sea por causa de guerra exterior o de conmoción interna. Esta convocación se hará para dentro de 10 días siguientes a la expedición de tal decreto. Si el Presidente no lo convocare, el Congreso se reunirá por derecho propio. En todo caso permanecerá reunido durante el estado de sitio.

60 bis) Cuanto a la EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD también fue consagrada en la reforma de ese año; y a pesar de que la Ley 57 de 1881, en su art. 59 disponía que "cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla", este texto no consagraba propiamente la excepción. El sistema de la constitución del 86, imbuído en el espíritu de que no se permitía su violación cuando resulta en conflicto con leyes, no era el más eficaz para la "seguridad real y efectiva de la presencia constitucional en los eventos de conflicto con las leyes ordinarias o actos de otra clase. PORQUE FORMAS EXCEPTIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD, ni ACCION DIRECTA contra esos actos después de su vigencia, LAS MERAS REGLAS DE INTERPRETACION doctrinal dejaban hondos vacíos en la práctica". (El Acto Administrativo y su control de Legalidad - José Archila, pág. 56).

Pero no toda la actividad que desarrollan los cuerpos legislativos es "legislativa"; las Cámaras también realizan aunque excepcionalmente, funciones administrativas sometidas por su naturaleza, al control contencioso-administrativo. De este carácter es por ejemplo, el acto de nombramiento o elección de ciertos funcionarios que al tenor del art. 189 del C. A., es acusable en acción electoral, ante el Consejero de Estado.

Ciertos autores explican la inimpugnabilidad contencioso-administrativa del acto legislativo, por su carácter *discrecional*. Pero el acto discrecional tiene control legal, por causas distintas de su discrecionalidad misma, es decir, cuando se le deducen tachas relacionadas con la violación del orden jurídico en cualesquiera de las modalidades que ha perfilado la doctrina, aunque no por razones de oportunidad o mérito cuyo análisis no es de incumbencia del Juez administrativo.

### LOS ACTOS DE GOBIERNO

En ciertos estados como Francia, España y Argentina, la ley declara expresamente que los actos de gobierno no tienen control contencioso administrativo en razón de los intereses que esos actos persiguen, de gran conveniencia pública y que el Gobierno cumple "extra juris ordinem".

En el primer país con base en la Ley de 3 de marzo de 1.849 y en la de 24 de mayo de 1.872, artículos 47 y 26 respectivamente, se estima que el poder ejecutivo comprende realmente, dos funciones: la *función política o gubernamental*, y la *función administrativa*. A la primera corresponde la dirección de todos los asuntos que se miran como políticos, entre los que se incluyen las relaciones del Jefe del Estado con los otros Cuerpos del estado, la convocatoria del Congreso, el llamamiento a elecciones, la dirección de las relaciones diplomáticas con las potencias extranjeras, el ejercicio de la prerrogativa de indulto, etc.

La noción de acto de gobierno ha venido precisándose doctrinariamente, como una función del Organismo Ejecutivo a la que se le asigna la suprema actividad directiva del estado, o dicho con la jurisprudencia italiana, la causa objetiva del acto de gobierno consiste en la necesidad de satisfacer las supremas exigencias del Estado, por estar ligado directamente con los intereses supremos de éste (61) (62).

(61) El Dr. Diego Tobón Arbeláez en su notable obra hace un análisis doctrinario muy completo y novedoso, del acto de gobierno que él rechaza y acepta sólo desde el punto de vista político.

(62) Dos teorías tratan de explicar la naturaleza de los actos de gobierno: la del MOVIL según la cual lo que hace que el acto sea de gobierno es el FIN que

La principal aplicación que la doctrina hizo de los actos de gobierno, fue su "irrevisibilidad jurisdiccional" lo que permitió no obstante, en los albores del derecho contencioso-administrativo, el desenvolvimiento de esta disciplina jurídica pues según Appleton esa categoría de actos y su exclusión de la revisión judicial "respondió al propósito de estimular el desenvolvimiento contencioso administrativo. Al admitirse una zona en donde imperara la razón de Estado, el Gobierno en compensación, permitió el control jurisdiccional sobre el resto de la actuación administrativa".

La teoría de que los actos de gobierno son manifestación de una función estatal distinta de la administrativa, atraviesa una etapa de crisis a pesar de que muchas legislaciones como las de los países citados, continúan haciendo de ella excepción al control integral de legalidad estatal.

Es fácil advertir que tal teoría es incompatible con nuestro sistema contencioso administrativo que en forma por demás amplia, concede la acción administrativa, en cualquiera de sus dos especiales modalidades, contra TODOS LOS ACTOS de la Administración excepción hecha de los que enumera el art. 73 del C.C.A., entre los que no figuran ciertamente, los actos de gobierno.

En España a pesar de que la ley de 18 de marzo de 1944 y la más reciente del 56, excluyen de la fiscalización contencioso-administrativa "por pertenecer al orden político o de gobierno" las resoluciones que la administración dicta en ejecución y aplicación de las leyes y disposiciones referentes a depuraciones, responsabilidad política, desbloqueo, prensa, propaganda y abastecimientos, la jurisdicción de agravios ha ido creando restricciones o elementos de forma fiscalizables, incluso en actos de gobierno. De esta manera como dice Garrido Falla, se fuerza a

---

se propone el autor; este criterio se abandonó en Francia desde 1872 cuando la jurisprudencia apeló a la llamada "teoría de la naturaleza intrínseca del acto" que analiza el contenido de éste. Este último criterio estudia el contenido del acto y si comporta una medida de fines exclusivamente políticos circunscrita al ámbito estatal, será político. Sayagués Laso considera que se incurre en falsa oposición al contraponer el acto de gobierno al acto administrativo. El término "gobierno" puede utilizarse en un sentido *sustancial* o en un sentido *formal o subjetivo*. En el primero indica una actividad del Estado; en el segundo indica los órganos supremos de la administración ejecutiva. Cuando se habla de Gobierno, de actos de gobierno, se hace referencia al primero de los significados señalados. De esto deduce el autor que por NECESIDADES DE GOBIERNO pueden dictarse actos constituyentes, actos legislativos, actos administrativos y actos jurisdiccionales. Es decir, existe el ACTO DE GOBIERNO CONSTITUYENTE, ACTO DE GOBIERNO LEGISLATIVO, ACTO DE GOBIERNO ADMINISTRATIVO y ACTO DE GOBIERNO JURISDICCIONAL.

la Administración por medio del recurso de agravios, a *cumplir las formalidades establecidas y a actuar de conformidad con lo que disponen las leyes.*

La misma tendencia se nota en el Uruguay. A este respecto son elocuentes los siguientes juicios del tratadista Héctor Giorgi: "a pesar de ser la actividad de gobierno esencialmente discrecional, no ha sido acogida la tesis de la inimpugnabilidad de la misma ante la jurisdicción anulatoria, basada en los principios de la discrecionalidad administrativa. La doctrina señala sin embargo, el progreso que significaría la sustitución de la teoría de los actos de gobierno, por la del poder discrecional, pues permitiría, al menos, un contralor sobre el cumplimiento de las reglas de competencia y de forma, y sobre el fin que ha guiado la acción administrativa.

La tendencia más avanzada, cabe consignarlo, se inclina a considerar legítimo el contralor jurisdiccional de los elementos jurídicos extrínsecos del acto de gobierno (competencia, por ejemplo), sin rozar, por supuesto, su contenido o elemento intrínseco, sujeto a la apreciación discrecional del gobierno".

La contradicción del acto de gobierno con un total control contencioso administrativo no impide que advirtamos que en excepcionalísimos casos, el Estado realiza actos que no tienen un control contencioso administrativo en el sentido que lo hemos explicado (anulación; anulación y restablecimiento del derecho del particular); pero sí origina acciones de responsabilidad extracontractual en su contra. Una cosa es que no proceda, respecto de tales actos, el contencioso de *anulación* dados los fines que los inspiran y otra bien distinta, que todo daño causado por ese medio, exija una indemnización patrimonial (63).

El decreto del Presidente de la República que declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio del Estado o parte de él si se adecúa a las formalidades que exige la C. N., no es atacable jurisdiccionalmente; lo mismo puede decirse del decreto por el cual se convoca a sesiones extraordinarias al Congreso y del acto del poder eje-

(63) Como diría Reehrsseh, el acto de gobierno es acto fuera del derecho, de que el poder responde sólo en vía política, precisamente porque contempla exigencias de carácter excepcional, que no pueden ser ni previstas ni reguladas. El Estado de Derecho que se proclama a sí mismo como tal, por razones de Estado, requiere en todo tiempo y lugar, una parcela sustraída al derecho. Cuatro clases de asuntos son tenidos por materia propia de los actos de gobierno: defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar. Vivanco Eduardo "las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo" pág. 133.

cutivo que permite o rechaza el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional o la estación de buques de guerra de otros países en aguas nacionales. Igualmente tienen ese carácter, los nombramientos de ministros, agentes diplomáticos y celebración de tratados públicos.

## HECHOS JURIDICOS Y ACTOS MATERIALES

La misma definición del acto administrativo excluye de la acción contencioso-administrativa de anulación los hechos jurídicos y los actos materiales de la Administración. El objeto de la contención administrativa en el contencioso objetivo, son las *decisiones* de la Administración Pública y no su comportamiento físico o material; éste puede ser causa de una acción por indemnización de daños y perjuicios, o de una denuncia o acusación penal; pero no puede ser fundamento de tal recurso jurisdiccional administrativo. (64).

El art. 68 del C. C. A. expresamente margina de la acción o simple contencioso de anulación, los actos y hechos de la Administración (vía de hecho y operación administrativa) aún cuando los considera relevantes en el contencioso de plena jurisdicción. En esta disposición y en las concordantes de la reforma judicial de 1964, se trata del CONTENCIOSO DE REPARACION DIRECTA que es una modalidad del de plena jurisdicción, cuyo alcance precisa así, el Dr. Mario Rodríguez:

“El contencioso de REPARACION DIRECTA es también subjetivo, es decir, se ejercita en el interés privado, aquí no se trata ya de la doble finalidad que tiene el de plena jurisdicción de anular un acto administrativo y restablecer en su derecho al particular. El de REPARACION DIRECTA se presenta cuando NO HAY ACTO JURIDICO ADMINISTRATIVO y por lo tanto, nada hay para anular.

Puede el particular perjudicado por un hecho de la administración, solicitar en vía administrativa que se le indemnice

(64) Garrido Falla en su obra (págs. 102, 103 y 104) siguiendo las directivas de Kormann, excluye además de los actos de naturaleza jurídico-privada de la Administración, los ACTOS DE PURA EJECUCION que no son actos jurídicos, “sino actuaciones materiales”. Dice por ejemplo, que no es lo mismo la orden de detención dictada por una autoridad que la detención efectiva del criminal; no es lo mismo el sacrificio de animales afectados de epizootia que la orden de sacrificarlos, que constituye, sin embargo, su antecedente jurídico. Anota el mentado autor que tales actuaciones administrativas cuando lesionan intereses patrimoniales de los particulares, dan lugar a una obligación del indemnizar. Esto es precisamente lo que establece el art. 68 del C. C. A.

el perjuicio sufrido, y luego impugnar ante la J. C. Ad., la resolución respectiva en el supuesto de que ella sea denegatoria? En Francia se acepta así; pero parece que en Colombia NO ya que el perjuicio deriva de un hecho y la "negativa a indemnizar no causa agravio".

"La Administración no ha expresado su voluntad por medio de un acto jurídico sino que simplemente ha actuado o porque pretermitió las formalidades propias del acto administrativo o porque la índole del negocio no da, no se presta a ninguna actuación jurídica. En el primer caso habrá VIA DE HECHO, en el segundo sólo una OPERACION ADMINISTRATIVA.

"Las vías de hecho se presentan generalmente en el campo de la policía preventiva. Se decomisa por ejemplo, la edición de un periódico que la policía considera subversivo, se cierra un teatro que va a exhibir una película que se considera inmoral, sin el lleno de ninguna formalidad. Las operaciones administrativas son múltiples y se refieren a todos los hechos materiales que la Administración debe ejecutar en la prestación de los servicios públicos. Resulta obvio que en estos casos no hay ningún acto anulable y entonces entra la jurisdicción contencioso administrativa a examinar esa actuación de las autoridades administrativas y el restablecimiento del derecho para el demandante se hace en la forma de condenación pecuniaria, puesto que ya los hechos están cumplidos y los hechos son irreversibles una vez que han producido sus efectos.

"Este contencioso no tiene denominación en Colombia, pero en Francia y Bélgica han adoptado el contencioso de reparación directa que creo es perfectamente aplicable en Colombia. Está consagrado en el art. 68 del C. C. A., y prescribe igualmente, a los cuatro meses de haberse producido o causado el agravio". (\*).

Sobre el contencioso de REPARACION se planteó el problema de la competencia entre la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la civil. La Corte Suprema de Justicia sostenía, en contra la tesis del Consejo de Estado, que el art. 68 no le daba competencia para los organis-

---

(\*) Conferencia de clase en la U. de Medellín.

mos de lo Contencioso-Administrativo sobre la actividad material de la administración, más precisamente: las acciones de responsabilidad extracontractual contra el Estado eran de competencia privativa de la justicia ordinaria con excepción de aquellas expresamente atribuidas por la ley a tales organismos, como la de indemnización por trabajos públicos.

Esta controversia terminó con la citada reforma judicial que le dio atribuciones a la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, para conocer de todas las acciones de responsabilidad extracontractual de la Administración, con excepción de la de ocupación permanente de la propiedad inmueble, que inexplicablemente pasó a las competencias de los organismos jurisdiccionales civiles.

### LOS ACTOS INEXISTENTES

Tal como quedó sucintamente explicado en la primera parte de este curso, la doctrina aplica al derecho administrativo, los principios que ha elaborado respecto del acto inexistente en el campo privado dándoles la modalidad propia de esta rama del derecho. Con la inexistencia se designa un grado especial de irregularidad del acto jurídico, que revisita caracteres que la distinguen de los actos inválidos y nulos. (65).

Dice Manuel Díez, sobre el acto inexistente: "para que un acto sea considerado tal debe contener los elementos que hacen relación a la esencia o *existencia* del mismo. Tales son el sujeto, el objeto y la forma. La falta de cualesquiera de estos elementos esenciales trae aparejada la ausencia del mismo acto. En estos supuestos el acto no ha nacido, precisamente por la falta de los elementos esenciales. Distinta es la situación en el supuesto de que hubiera vicios, incapacidades, defectos de forma, etc. En estos casos el acto habría nacido aunque afectado por un vicio que podrá dar lugar a su invalidez. La nulidad es un concepto jurídico, desulta de un obstáculo legal; la inexistencia deriva de un impedimento que está en la naturaleza misma de las cosas. Puede existir un acto al que le falte un elemento constitutivo, y en este caso es absolutamente ineficaz y se considera que en ningún momento tiene vigencia". \*

(65) El problema del acto inexistente tiene más extensión en el derecho administrativo que en el derecho civil pues en éste el acto jurídico nace por obra de la voluntad del sujeto y en principio este poder de autonomía privada no tiene retribuciones ni está sometido a solemnidades; en cambio en el derecho administrativo el funcionario u organismo, no está habilitado para crear actos administrativos sino a condición de que expresamente se le confiere competencia y hagan uso de ese poder ciñéndose a las formalidades legales.

\* "El acto administrativo", pág. 312 y s.s.

El mismo autor considera que los actos administrativos en el campo del derecho administrativo, tienen características propias que los distinguen de los actos inválidos, y anota entre éstas, la falta de ejecutoriedad, la de presunción de la legalidad todas las cuales pueden ser verificadas de oficio por las autoridades administrativas. Por lo demás *la acción para atacar un acto inexistente, es IMPRESCRIPTIBLE*. Consecuente con esto, la doctrina ha considerado que los ACTOS INEXISTENTES no son atacables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

A este propósito es muy significativa la siguiente opinión de Antonio José Archila: "Como con arreglo al principio de derecho positivo francés, el recurso de EXCESO DE PODER supone confrontación de reglas jurídicas, a prima facie parece irregular la revisión jurisdiccional de un acto INEXISTENTE, y así vino consagrándolo el Consejo en un principio. En el actual estado de la jurisprudencia, ACTOS DE ESTA CLASE DEBEN SER JUZGADOS porque de no ser así, según esa jurisprudencia, *podría reputarse, por la significación misma de una decisión inhibitoria, la validez de un acto semejante*; y bajo esta sola consideración esos actos son anulables en sí mismos y en sus efectos" (obra citada pág. 92).

Este criterio está aceptado también por Allan Randoph quien dice:

"La palabra "inexistente" en el Derecho Administrativo, como en todas las ramas jurídicas, no ha cesado de plantear problemas, uno de los cuales sería la duda si un acto que NO EXISTE puede ser objeto de un recurso contencioso administrativo de anulación.

Aparte de todos los problemas que puedan surgir, la necesidad de una vía jurisdiccional para constatar la nulidad absoluta o INEXISTENCIA, como la ha llamado la Corte, de un acto administrativo, cuando causa desórdenes, es incontestable. Por tanto, a nuestro entender ES PERFECTAMENTE POSIBLE EJERCER EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACION contra los actos administrativos nulos por violación de la Constitución; y aún más cuando por esa vía la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para declarar la nulidad de los actos administrativos "CONTRARIOS A DERECHO", y tan contra-

rio a derecho es el acto ilegal propiamente dicho, como el inconstitucional" (Ob. c. pág. 404).

El Consejo de Estado en sentencia de 10 de septiembre del 59 de la que fue ponente el Dr. Andrés Augusto Fernández, consideró que EL ACTO INEXISTENTE por estar fuera del orden jurídico, no era atacable en acciones jurisdiccionales; pero la misma Corporación en fallo de febrero del 60, con ponencia del Dr. Pedro Gómez Valderrama, rectificó esta tesis y dijo que "la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no está autorizada ni a ello se puede llegar jurisprudencialmente, a definir de plano la inexistencia de un acto sin que sobre él se haya adelantado el correspondiente juicio de acuerdo con las normas procedimentales señaladas en el Código de lo Contencioso-Administrativo. EN EL SUPUESTO DE ACEPTAR LA INEXISTENCIA DEL ACTO, la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, debiera pronunciarse sobre ella una vez sometido el acto a su control".

Si no se hiciese declaración sobre el acto inexistente podría llegarse absurdamente a darle regularidad de un acto. Esto implicaría además, un acto típico de denegación de justicia. El Dr. Jhon Quijano que fue quien promovió la acción que originó el fallo de marras, dice:

"SOMETIDA LA LEGALIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO, A LA JURISDICCION ENCARGADA DE CONOCER DE EL, NO PODRA ESTA AFIRMAR SU INEXISTENCIA PARA NEGARSE A RESOLVER, PUES ELLO LA HARIA INCURRIR EN UNA ABERRANTE DENEGACION DE JUSTICIA. Insólito sería dejar multitud de actos administrativos a la valoración jurídica de cualquiera persona respecto de su existencia, pues ello entrañaría el desconocimiento de secular principio de aceptación universal, de que nadie puede ser juez y parte en el mismo negocio". (Anales números 387-391, 2ª parte, pág. 798).

Son atinados en nuestra opinión los conceptos del abogado y la tesis que con base en ellos sentó el Consejo, pues si bien es cierto que los actos inexistentes son más bien hechos o vías de hecho antes que declaraciones de voluntad de órganos administrativos, es al juez administrativo a quien corresponde hacer esta constatación a través del proceso C. A. y declarar que tal acto que nace sin normas que sustenten su existencia, no puede producir efectos contra los administrados.

## LOS ACTOS JURISDICCIONALES. (66).

Si el contencioso administrativo tiene por objeto la revisión de los actos administrativos que expida la Administración con violación de normas superiores, o de derechos particulares de los administrados, es indudable que el acto JURISDICCIONAL que proviene de la función judicial no es atacable por esta vía. Ello no quiere decir que tal acto escape al control de legalidad; simplemente que no son los organismos de lo contencioso-administrativo los competentes, porque tal acto JURISDICCIONAL tiene su propio control, a través de los recursos jurisdiccionales que consagra cada ordenamiento procesal.

En razón de su naturaleza no son atacables, pues ante la J. C. A., los actos jurisdiccionales; esto que es obvio se desprende además del art. 73 del C. A. A., ordinal 2º de la Ley 167 de 1941, que excluye de la competencia de esta jurisdicción LAS RESOLUCIONES QUE SE DICTEN EN LOS JUICIOS DE POLICIA DE NATURALEZA PENAL O CIVIL, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales.

- 
- (66) Presuponemos la distinción entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional. Como De Laubadere pone de manifiesto, son muchos los autores que se preguntan si verdaderamente existe diferencia material entre los actos administrativos y los actos jurisdiccionales. En nuestra opinión el asunto está certeramente precisado por Forsthoff en el siguiente párrafo de su obra: "a diferencia de la justicia, la Administración no se concreta en una situación de hecho, aislada y extraída de la vida social. Mientras que el juez sólo decide sobre esta situación de hecho, aceptando en lo demás la vida social como algo dado que no está llamado por principio a modificar, la Administración tiene que ver con el orden social como un todo. También la actividad administrativa se articula, como la del Juez, en una serie de actos aislados, pero estos actos están referidos fundamentalmente al orden como un todo, constituyendo una continuidad, se unen en una totalidad dotada de sentido. En esta diversidad en la forma de sus funciones, se expresa la diferencia objetiva entre actividad judicial y Administración. Cometido de la actividad judicial es la decisión referida a un hecho y obtenida por medio del conocimiento del Derecho; cometido de la Administración, es conformación social dentro del marco de las leyes y sobre el suelo del Derecho". Dada la independencia de estas funciones, es posible sentar las siguientes consecuencias: a) La Administración puede ser juzgada; b). Los actos administrativos son susceptibles de causar estado, pero no adquieren fuerza de cosa juzgada. La cosa juzgada es un fenómeno que únicamente se produce en las resoluciones judiciales. Cuando la administración ya lo ha dicho todo y cuando ha pronunciado la última palabra, el verdadero debate está potencialmente por empezar.

El fundamento de esta exclusión no es otro que la calidad de "sentencia" que esos actos tienen desde el punto de vista material. (67 y 68).

Hay juicio de policía de carácter civil según el Consejo de Estado, cuando se trata de controversias entre particulares sobre responsabilidad contravencional; juicios de policía de carácter penal cuando se trata de contravenciones que violan una norma protectora de un precepto penal. Anota el mismo organismo que LAS PROVIDENCIAS O RESOLUCIONES DEFINITIVAS PROFERIDAS POR LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA EN JUICIOS POLICIVOS DE NATURALEZA CIVIL O PENAL, SON ACTOS JURISDICCIONALES, VERDADERAS SENTENCIAS y por ello, no son acusables. (Anales Nº 397 - 398, págs. 262 y s.s.). En el mismo sentido Sayagués Laso pág. 462 (V. II).

Al lado de las providencias propiamente policivas de naturaleza civil, penal o correccional, la Policía ejerce funciones administrativas simplemente; éstas constituyen verdaderos actos administrativos y por serlo, permanecen bajo el control jurisdiccional del contencioso-administrativo.

Función simplemente administrativa será por ejemplo, la Resolución de la Dirección de Circulación y Tránsito sobre señalamiento de rutas urbanas para el tránsito de vehículos automotores.

La ley 46 de 1.946 en su art. 5º dispone: "Las disposiciones de carácter transitorio que se dictan por las autoridades de higiene, para evitar la propagación de enfermedades y para remediar calamidades públicas, tendrán el carácter de medidas de policía y por consiguiente no estarán sujetas a recurso alguno administrativo o contencioso-administrativo".

(67) El Decreto 2484 de 1.960 por el cual se declara la caducidad de los manifiestos de importación que amparan mercancías hoy de prohibida importación, dispone en el art. 3º, 4º, 5º y 6º, que el funcionario de Aduanas mediante resolución, ordenará el respectivo decomiso de las mercancías que están dentro de la situación contemplada en el mentado Decreto. El art. 8º reza: "Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, no son acusables ante la jurisdicción Contencioso-administrativo, de conformidad con el art. 73 del C. C. Administrativo".

(68) Si bien el acto jurisdiccional no es abarcado en la competencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en consideración a su índole, no por respecto a la cosa juzgada los ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EJECUCION DE SENTENCIA, que desbordando el régimen de aquélla, lesionan por sí mismas formas jurídicas, pueden ser atacados en la jurisdicción anulatoria, en la misma forma en que pueden serlo cualquier acto administrativo que no persiga un fin específico. El problema fundamental consiste en determinar en cada caso la naturaleza del acto, es decir, si nos hallamos ante una sentencia o ante una decisión administrativa, para excluirlo o someterlo a aquella jurisdicción.

Héctor Giorgi ob. cit. pág. 145 - 146.

Disposición que da a entender absurdamente, que los actos o medidas de policía NO SON ACUSABLES ante la J. C. A., lo que no es cierto ya que sólo se excluyen como atrás quedó indicado, los actos de POLICIA DE CARACTER JURISDICCIONAL. Si en algún ramo necesita el ciudadano de la tutela del Estado es en el ramo policivo que caracteriza la medida de policía. Así lo ha establecido también el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia de la que citamos el siguiente fallo:

“En lo referente a la prohibición del art. 73 C. C. A., de no ser acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa “las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil”, la Sala deja aclarado una vez más que tales actos SON LOS DE CARACTER JURISDICCIONAL, no siendo por lo tanto el caso de variar la interpretación del Consejo expresada en la sent. de 4 de julio de 1945, publicada en Anales N. 352”.

(Sent., 8 julio de 1.953, T. LX, números 377, 381, p. 191).

#### ACTOS DE NATURALEZA JURIDICA PRIVADA

Son actos del Estado sometidos al régimen del derecho privado y por ende, no son revisables por la J. C. A. sino por los tribunales comunes pues no entrañan el ejercicio de prerrogativas especiales de la Administración, sino que implican el sometimiento de ésta a las formas del derecho privado. Anota Garrido Falla que con anterioridad a la aparición del estado de derecho, los juristas de la época del estado de policía, elaboraron la teoría del FISCO merced a la cual fue posible someter al derecho una parte de la actividad oficial:

“El funcionamiento de esta teoría fue la consideración de que en ciertas ocasiones los actos del Estado no se diferenciaban en absoluto de los que hubiera podido realizar un particular. Como consecuencia se distinguió una actividad PRIVADA estatal junto a los actos de PODER, estimándose que no había ninguna razón para que aquélla no fuese sometida al mismo régimen de los actos realizados por los particulares. Se arbitró entonces el procedimiento técnico de referir esos actos estatales de carácter privado a una persona jurídica el FISCO que, para responder de ellos, podía incluso ser llevada ante los tribunales”. “LA DOCTRINA DEL FISCO CONSIGUE ASI UN FIN QUE, DE OTRA FORMA, SE HUBIESE CONSIDERADO DISPARATADO: LLEVAR AL ESTADO A LOS TRIBUNALES”.

El autor hace un recuento de los distintos criterios que la doctrina ha utilizado para fijar el límite de la actividad pública y privada. En primer lugar anota que "lo característico del Estado es el empleo de la fuerza, su actuación mediante mandato; pues bien, cuando no ocurre esto es porque ha obrado el Fisco y es aplicable el derecho privado".

La teoría de los ACTOS DE GESTION y DE AUTORIDAD los primeros fiscalizables por los Tribunales Civiles y los segundos por los Administrativos, constituyó el eje al rededor del cual giró el Derecho Administrativo durante el siglo XIX, en Francia. Esta noción entró en crisis como consecuencia de las profundas transformaciones que la Administración y el Derecho Administrativo experimentaron desde 1899; Haurion dice que el concepto de gestión admite la GESTION PUBLICA o Administrativa y la GESTION PRIVADA.

Otros autores sustituyen esta concepción por la DEL SERVICIO PUBLICO conforme a la cual es competencia de los Tribunales Administrativos toda aquella actividad estatal que tenga por finalidad la gestión de un servicio público concepto que abarca tanto los actos de poder como muchos actos que la antigua doctrina hubiese considerado de gestión. (69).

Pero también se habla de la crisis del servicio público para estos efectos; de ahí porque es difícil encontrar un criterio apriorístico para determinar de una vez para siempre, cuándo una actividad administrativa debe estar acogida por el Derecho Público y cuándo por el Derecho Privado.

La doctrina española sienta un criterio que puede servir de guía para tal distinción: cuándo la actividad de la administración es controlable por los Tribunales Administrativos? "cuando se PRESENTE COMO UNO DE LOS SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA LA AD-

---

(69) La ecuación servicio público igual derecho público y actividad pública del Estado, saturó todo el derecho administrativo. Exámenes más profundos de la teoría del servicio público hicieron que ésta entrara en franca crisis, al mostrar las fallas de la pretensión de encerrar en dos elementos estructurales, toda la actividad administrativa. Se observó primero que, por el factor material, aparecieron unas categorías de servicios administrativos de carácter general no siendo con todo, servicios públicos tales como el servicio industrial, el servicio comercial, el servicio social y el servicio profesional. Y, por otra parte, se dio el caso de que ciertos servicios públicos fueran prestados por personas particulares y organismos privados, lo cual equivale a decir que el elemento orgánico de la teoría del servicio público pecaba por defecto al no comprender esta variante funcional del servicio público tal como se le concebía.

MINISTRACION, DISPUESTA A HACER EFECTIVO POR SI MISMA Y DADA SU CONDICION DE PODER PUBLICO, UN ORDENAMIENTO JURIDICO IMPERATIVO”.

Antes de la reforma judicial del 64 en el derecho colombiano se consideraban los actos CONTRACTUALES (tanto contratos de derecho civil como de derecho administrativo o administrativos) como emanación de la actividad particular de la Admón. y en razón de esto estaban excluidos de la acción C. A. (art. 73 numeral 1º); pero a partir de este año la legislación acepta la categoría del contrato administrativo y somete su control a los organismos de lo contencioso-administrativo.

El art. 20 del Decreto 528 del 64, incrementó la competencia de los organismos contencioso administrativo, respondiendo así al criterio de la unidad de jurisdicción opuesto naturalmente, al de la dualidad que hace compartir el contencioso administrativo entre los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos.

Sin embargo, existen excepciones entre ellas las contempladas en los artículos 6º y 32, 2º literal a). El primero como ya hemos dicho, se refiere a la competencia de los jueces municipales en lo civil para conocer de los asuntos contenciosos de la nación y entes estatales en que se ventilen cuestiones de derecho privado. La dificultad radica como lo advierte Vidal Perdomo en saber cuáles son estos asuntos ya que los términos DERECHO PUBLICO y DERECHO PRIVADO, no han sido objeto de definición legal, y aunque expresan tendencias jurídicas más o menos diferenciales, existen zonas que resultan esquivas a clasificar en una u otra especie; además, surge un interrogante: la invocación de textos consagrados en el C. C. para fundamentar una decisión judicial significa que la controversia tiene el carácter de derecho privado? Si así fuera, las controversias sobre responsabilidad del estado adquirirían esta naturaleza porque, aparte del capítulo de indemnizaciones por trabajos públicos, no existe norma de derecho positivo expresamente aplicable a ese contencioso, y el Juez tendría que echar mano de las previsiones del C. C. Consideraciones semejantes pueden hacerse en torno al problema de los contratos de la administración, pues principios sustantivos sobre la materia, descontando el principio de caducidad, no existen sino en el estatuto de los particulares”.

Este concepto, con el que estamos identificados, pone de presente la falta de claridad sobre un punto de gran trascendencia en nuestro C. C. A.

## ACTOS DISCRECIONALES

En la teoría general del derecho administrativo se estudia la discrecionalidad de la Administración como una característica del acto administrativo. Los funcionarios administrativos en la realización de sus cometidos tienen que acomodarse a las cambiantes circunstancias que se presentan en un momento dado; la función administrativa es DUCTIL precisamente, por su adaptabilidad a las exigencias del medio y del momento. (70).

La doctrina divide los actos de la Admón. en actos que provienen de la ACTIVIDAD REGLADA y los que emanan de la ACTIVIDAD DISCRECIONAL; el primero es aquél en que la ley establece si la administración ha de obrar y cómo debe hacerlo, cuál es la autoridad competente y fijar además, las condiciones de actuación administrativa sin dejar margen para que el agente elija el procedimiento a seguir.

La actividad discrecional, es frecuentemente una necesidad de la administración pública, porque la satisfacción de las necesidades colectivas no puede reducirse a simples esquemas legislativos. La administración debe hacer necesariamente, en muchos casos, apreciaciones sobre hechos pasados o sobre consecuencias futuras, y para ello debe existir una libertad en la autoridad respectiva. Ello no quiere decir que la discrecionalidad SIGNIFIQUE ARBITRARIEDAD; toda entidad administrativa debe desarrollarse bajo el orden jurídico establecido en cada país.

En el siglo pasado la doctrina reconocía dos clases de actos: los REGLADOS y los DISCRECIONALES o de PURA ADMINISTRACION. Los primeros en razón del margen de libertad que suponían en el ejercicio de la acción administrativa, se sustraían al control jurisdiccional, formaban parte de las materias NO CONTENCIOSAS. (71).

Hoy no se admite el acto discrecional como categoría sustraída al control de legalidad, ya que la administración no puede proceder en forma absolutamente discrecional.

(70) La ausencia de soluciones legislativas expresas, motivada por la complejidad de la vida administrativa, no implica que la discreción de la Administración sea ilimitada. Esta debe sujetarse en el ejercicio de sus atribuciones a los fines específicos impuestos por el Legislador o consagrados implícitamente, por el ordenamiento jurídico. La Administración no debe usar de sus poderes jurídicos para un fin distinto de aquel en razón del cual esos poderes le fueron otorgados. Su arbitrio, no es arbitrariedad. (Gordillo Agustín).

(71) Ver Héctor Giorgi, pág. 151 y citas de Michoud (Etude sur le pouvoir disciplinaire de la 1<sup>re</sup> Administration).

En toda manifestación de voluntad de un funcionario administrativo deben distinguirse dos zonas: una, en la cual aquella autoridad se mueve libremente; y otra limitada por reglas de derecho (reglas de competencia, de forma, de procedimiento y de fondo) que escapa a la apreciación del funcionario.

Cabe hablar más propiamente de facultades o potestades discrecionales que de ACTOS DISCRECIONALES pues esta expresión daría a entender, contra principios de derecho, que la administración está habilitada para proceder libre y omnímodamente.

Aún cuando falte toda regulación legal sobre el acto, se imponen los límites de competencia, causa y forma. Anota Hauriou que hay cierto poder discrecional de la administración que más o menos se encuentra en todos los actos, cual es el de apreciar la OPORTUNIDAD de las medidas administrativas. Este poder discrecional escapa al control jurisdiccional porque el juez administrativo no es juez de oportunidad. Lo que no puede ser discutido en vía judicial SON LOS MOTIVOS DE OPORTUNIDAD, pero los de moralidad, legalidad, etc. sí. Esta cuestión sobre la naturaleza de los motivos es independiente de la naturaleza (discrecional o reglada) de los actos. Existe un contencioso de anulación de los actos por exceso de poder, como también es de evidencia que ese exceso de poder puede deslizarse en todas las partes de la declaración de voluntad, tanto en el enunciado de los motivos, como en el dispositivo, de la resolución administrativa. (72).

Debemos decir que en sus líneas generales y en el fundamento de sus decisiones el poder discrecional es legal. Por de pronto de las decisiones de esa índole deben MOTIVARSE porque precisamente cuando se ejerce una facultad o atribución en la que hay libertad de obrar, es más necesario aún explicar los motivos que cuando se ejerce una facultad reglada, porque en ésta todo se reduce a obrar en los carriles de la

---

(72) La facultad que se otorga a un órgano de la administración para que aprecie la oportunidad sobre una medida, no implica, como dice Merkl, un giro en blanco sin tener en cuenta el fondo jurídico necesario; y más adelante: El acto dictado por la actividad discrecional administrativa puede ser controlado como cualquier otro acto administrativo. Esta afirmación reniega del viejo prejuicio del Estado Policía de considerar a esta clase de actos como intocables; pero también limita la extremista pretensión de algunos juristas que pretenden controlar judicialmente la discrecionalidad. Sólo se controla el acto administrativo, en tanto que es un objeto creador de relaciones jurídicas, idéntico a cualquiera de los otros actos que se dicen en ejercicio de actividades regladas. Lo que no se puede ni se debe controlar es la parte subjetiva que corresponde a la voluntad administrativa: apreciar la oportunidad de dictar el acto más eficaz. - B. A. Fiorini. "La discrecionalidad en la Administración pública". pág. 163.

ley, es decir, trazados por un poder superior al autor de la decisión. En el exámen de esos motivos se puede comprobar la observancia de la ley, en sus fines y en su dirección; si los motivos son erróneos y la ley mal interpretada o tortuosamente aplicada, es esa aplicación y su incorrección lo que entra en el examen de legalidad o de legitimidad. (73).

### ACTOS DE CARACTER DISCIPLINARIO

Estos actos son en principio, de carácter discrecional.

Según Bielsa "sería inconveniente someter a decisión de un Tribunal de lo C. A., las numerosas cuestiones disciplinarias que surgen a diario en la burocracia administrativa, principalmente en lo que respecta a la gradación y oportunidad de su aplicación".

Es que el orden o disciplina en la jerarquía administrativa, debe imponerse sobre cualquier consideración y está a cargo del respectivo superior, lo que no se lograría si los respectivos actos tuviesen acción contenciosa; puede no obstante, haber lugar a lo contencioso-administrativo, por vicio de incompetencia o si la medida disciplinaria ha sido dispuesta por órgano no autorizado en razón de haberse instituido en tribunal disciplinario.

El numeral 3º del art. 73 del C. C. A. estatuye que no son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, "las correcciones

(73) Refiriéndose a la nueva ley de lo contencioso administrativo en el derecho español dice el Prifesor Pera Verdaguer sobre los actos discrecionales: "Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un PRIUS respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la ADMISIBILIDAD DE LA IMPUGNACION JURISDICCIONAL en cuanto a LOS DEMAS ELEMENTOS; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal suerte que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquella no en tanto el acto discrecional, sino en cuanto, por delegar el ordenamiento en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado con arreglo al Derecho, el acto impugnado es legítimo" (Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo, pág. 14).

disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleos inmuebles según las leyes”.

Marriaga dice, para justificar esta exclusión, que tales correcciones disciplinarias no versan o no tienen su origen en una controversia jurídica entre el particular y la Administración; más acertada nos parece la explicación de Bielsa para quien “la autonomía funcional administrativa justifica una jurisdicción disciplinaria *exclusiva* que se ejerce bien por la vía jerárquica o por un tribunal propiamente disciplinario formado generalmente, por funcionarios y ex-funcionarios”. (74).

La excepción de la regla general de competencia que establece el art. 73, ordinal 3º, del C. C. A., no es absoluta, y de la concordancia de esa norma con las de los arts. 285 y 287 del C. de R. P. y M. se desprende que ella sólo opera en estos casos: a) cuando se trata de medidas realmente disciplinarias, es decir, de sanciones impuestas por el superior jerárquico a los funcionarios inferiores. Es preciso, que entre aquél y éste existan relaciones de subordinación y dependencia; b) cuando la pena no implica la suspensión o separación de empleados inmuebles. Si el funcionario está protegido por un período fijo o por los fueros de una carrera administrativa y la corrección disciplinaria conlleva la suspensión o remoción, o si quien impone la sanción no es superior jerárquico del penado, se APLICAN LOS PRINCIPIOS generales de competencia.

Así lo sostiene el Consejo de Estado T. LXIII, números 392 - 396.

#### *Actos Contractuales (75).*

Quedó visto atrás que los actos jurídicos de naturaleza privada están excluidos de la acción contencioso administrativa; precisamente, los contratos privados o de derecho civil que celebre el Estado escapan al juicio contencioso-administrativo. Dice el Profesor Becerra López citado por Pedro M. Carreño (Derecho Administrativo pág. 257) “La acción contencioso-administrativa cualquiera que sea, no existe en tra-

(74) Sobre lo Contencioso-Administrativo, pág. 61.

(75) En el contencioso de plena jurisdicción se verá que la reforma judicial del año 64 Dto. 528, creó la categoría de contratos administrativos y sometió todo lo relacionado con su impugnación, a la jurisdicción contencioso administrativa. De esta manera se puso término a una vehemente discusión o controversia trabada entre la justicia ordinaria y la contencioso-administrativa. Ver sobre el particular, la obra de derecho administrativo de Vidal Perdomo.

tándose de actos oficiales que se exigen en contratos celebrados en nombre del Estado o de cualquiera otra persona o entidad pública, porque entonces la cuestión será de competencia de la justicia ordinaria”.

No obstante, si los actos oficiales en cuestión lesionan los derechos de UN TERCERO, éste tendrá acción contencioso-administrativa para la reparación consiguiente, pues si no se le concediese el remedio por esa vía, el daño que se le hubiere causado quedará sin sanción y sin reparación por no tener dicho tercero, acción legal ante la justicia ordinaria con respecto a un contrato en que no es parte.

Como lo hemos dicho en múltiples ocasiones, son los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, los que escapan a la fiscalización contencioso-administrativa y de ninguna manera los administrativos; la razón de esto estriba en que tal jurisdicción no tiene competencia para hacer declaraciones de derechos civiles ni para entender de las demandas en ellos fundadas prescindiendo de la calidad pública de la gestión de la administración.

La ley española a pesar de que tenía un texto similar el abrogado numeral 1º de nuestro art. 73 del C. C. A., consagraba una notable excepción con respecto a los contratos administrativos, al estatuir:

“Continuarán sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración Central, provincial y municipal, para OBRAS y SERVICIOS PUBLICOS DE TODA ESPECIE”. (76).

(76) “Si la Administración ha de realizar el fin que le incumbe, si ha de producir los beneficios que se halla establecido, es preciso que disponga, dentro de su esfera, de todos, los medios que su misión exige, y sin necesidad de acudir a otros poderes, puede cumplir su objeto de hacer ejecutar las leyes, de proveer a los servicios públicos y de llevar a cabo las obras, que son necesarias para fomentar la riqueza de la Nación.

Por esta consideración y teniendo además presente las dificultades que acarrearán la interrupción por largo tiempo de la prestación de los servicios, los perjuicios, irreparables algunas veces, que ocasionan la suspensión del curso de las obras públicas, como consecuencia de las cuestiones a ambos asuntos referentes, se someten al lento procedimiento de los Tribunales comunes, y atendiendo también que las autoridades administrativas se hallan más en disposición que los jueces civiles de conocer las necesidades y exigencias de aquellos ramos, se comprende la AMPLITUD DE LA ESFERA DE LA ADMINISTRACION PARA CONOCER DE LA VALIDEZ, INTELIGENCIA, CUMPLIMIENTO Y EFECTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS; es decir, de aquellas obligaciones que tengan por objeto inmediato el CUMPLIMIENTO DE UN SERVICIO PUBLICO O LA EJECUCION DE UNA OBRA DE LA MISMA INDOLE.

Todas las circunstancias relativas a determinar la eficacia y forma de los con-

Se nota pues, que la exclusión no se refiere a los contratos administrativos tal como hoy está contemplado en nuestro derecho por la reciente reforma judicial.

## ACTOS SOMETIDOS A OTRA JURISDICCION

Finalmente tampoco son acusables las medidas administrativas que la ley atribuye a otra jurisdicción (art. 73, N. 4º. Ley 167/41).

Entre estas resoluciones pueden enumerarse:

1º) - Las que implican una controversia netamente civil, como por ejemplo, las inscripciones de títulos de instrumentos públicos ante el respectivo registrador, que son actos administrativos desde el punto de vista formal, pero que no originan una contención administrativa sino civil.

2º) - La declaración por la administración de que se ha cumplido la condición resolutoria en la adjudicación de baldíos. Estos se adjudican siempre con la condición de que si no se explotan materialmente en un plazo de 10 años, revierten al Estado. Esa declaración es un acto administrativo. (hoy conoce la justicia C. A.).

3º) - Los actos electorales que se produzcan en el seno de las Corporaciones públicas como Congresos, Asambleas y Concejos, relativos a nombramiento de mesa directiva o de comisiones para el trabajo interno de la Corporación los que están expresamente excluidos del control que debe resolver la misma Corporación. (77).

---

tratos civiles, así como aquellas que afectan a la interpretación, nulidad y rescisión de los mismos, son propios de la esfera del derecho y por tanto, su conocimiento corresponde exclusivamente, a los Tribunales de justicia". (Ubierna Eusa ob. cit. pág. 117).

(77) El Consejo de Estado en fallo de agosto de 1.963 (Anales números 403-404) se ha pronunciado sobre la incompetencia de la Jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las acciones dirigidas contra elecciones de mesas directivas de los Concejos Municipales. La elección de Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente de los Cabildos *es de orden interno de la Corporación*, y por lo tanto, no puede acudir ante los Tribunales de lo contencioso administrativo, conforme al parágrafo del art. 192 del C. C. A. y el art. 182 de la Ley 85 de 1.916. En cambio, la elección de Secretario de la Corporación municipal sí puede hacerlo, pues se trata de un funcionario administrativo que no forma parte de la comisión de la mesa directiva.

Es de tenerse en cuenta que el salvamento de voto al precedente fallo, de que es autor el connotado jurista Carlos Gustavo Arrieta, da argumentos muy respetables para sostener la tesis contraria.