

✓ **ACCIONES Y RECURSOS ORDINARIOS**

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Consejero de Estado

No pretendo revivir la vieja e inacabable polémica, más bizantina que práctica, entre la Acción y la Pretensión, figuras obviamente diferentes. Con todo, ante las críticas que se le han hecho al Nuevo Código por la utilización reiterada del término acción en el título XI Libro 2o., hago referencia somera al punto.

Los artículos 84 a 88 al enunciar las diferentes acciones no hacen sino consagrar legislativamente el derecho abstracto y público de ocurrir a la jurisdicción administrativa para obtener tutela jurídica, mediante la propuesta de una pretensión cualquiera dentro de la órbita legal.

Por esa razón y dentro de la lógica, primero existe el derecho a acceder a la Rama Jurisdiccional; derecho que puesto en movimiento, requiere que su titular concrete o manifieste su querer en una pretensión; pretensión que en el campo contencioso-administrativo se concretó a lo que quiso obtener del juez luego de la culminación del proceso, o sea, la simple nulidad de un acto administrativo; la nulidad con restablecimiento consecuencial; la reparación del daño causado por un hecho o por una abstención de un deber legal; la declaración sobre existencia o validez de un contrato, su incumplimiento, o la responsabilidad.

En este orden de ideas, el Nuevo Código regula las siguientes acciones: La nulidad (artículo 84), la típica de restablecimiento o de nulidad resarcitoria (artículo 85), la de reparación directa y cumplimiento (artículo 86), las contractuales (artículo 87) y las de definición de competencias administrativas (artículo 88).

Estas acciones se denominan igualmente contenciosas, por la controversia que ellas implican en su ejercicio.

Aunque el código cambia un tanto de terminología, en esencia las acciones de nulidad y de restablecimiento (artículos 84 y 85), corresponden a las de nulidad y plena jurisdicción contempladas en los artículos 66 y 67 de la Ley 167 de 1941; y las de reparación directa y cumplimiento a la regulada en el artículo 68 de la antecitada Ley.

Aquí se observa que, como sucedía dentro del régimen anterior en donde las de plena jurisdicción llegaron a tener un sentido genérico, las de restablecimiento en el actual pueden tener ese mismo alcance porque ese efecto restablecedor se obtiene también con el ejercicio de las de reparación directa y contractuales. Así, serán típicas de restablecimiento o nulidad resarcitoria, como técnicamente deberían denominarse por oposición a las de simple nulidad, aquellas en que ese restablecimiento tiene como supuesto la nulidad del acto administrativo que produjo la lesión del derecho amparado por una norma jurídica. Se anota que dentro de este mismo grupo encajan las fiscales o de impuestos del régimen anterior, ya que la ley expresamente le da a la operación administrativa, dentro de las cuales se incluye la de liquidación de exacciones, el carácter de acto administrativo (85 if del c.c.a.). Y serán de restablecimiento, genéricamente consideradas, las de reparación directa o cumplimiento y algunas contractuales.

En este orden de ideas observamos:

I. CONTENCIOSOS DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Se estudian a continuación las dos acciones, clásicas o tradicionales de nuestro sistema contencioso-administrativo, que conforman dos ramas bien diferenciadas y que en cierto sentido condicionan y delimitan las que se explicarán luego. Son ellas el contencioso objetivo, de simple legalidad o de nulidad, y el de restablecimiento o contencioso subjetivo.

Y así como en la Ley 167 en el nuevo estatuto puede también hablarse de otras acciones que en mayor o menor grado participan de las notas de uno o de otro. Por eso dijimos en párrafos precedentes que en las de restablecimiento, genéricamente consideradas, encajan las de impuestos, las contractuales, las de responsabilidad extracontractual o de reparación directa y cumplimiento y las indemnizatorias por trabajos públicos. Se acercan a las de simple nulidad, el contencioso electoral y el de cartas de naturaleza.

Constituyen la nulidad y el restablecimiento dos acciones fundamentales en el Nuevo Código, como lo fueron las de nulidad y plena jurisdicción en el sistema derogado; y de su comprensión se desprende el correcto entendimiento de las demás acciones.

Puede afirmarse así que el contencioso de anulación es el medio normal puesto a disposición de los administrados contra todo acto unilateral de la administración y con miras al mantenimiento de la legalidad abstracta; y el de restablecimiento es el medio para obtener, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo, el resarcimiento de un derecho subjetivo amparado por una norma jurídica.

Aunque la denominación de restablecimiento puede tener un sentido genérico —como se dijo atrás— comprensivo de las acciones de impuestos, las de reparación directa y algunas contractuales, que tienen igualmente alcance reparador, el nuevo código impone esta denominación en su artículo 85 a una acción similar a la antigua de plena jurisdicción regulada en el artículo 67 de la Ley 167 abrogada. Para evitar cualquier equívoco podrá usarse el nombre de nulidad resarcitoria, que es bien comprensivo.

Como las acciones aquí estudiadas parten de un supuesto común, la nulidad del acto administrativo unilateral, hacemos a continuación su análisis comparativo para destacar sus rasgos diferenciales, de gran notoriedad en cuanto a su finalidad, a los sujetos que pueden instaurarlas, a la índole de las sentencias, a los poderes del juez, a los efectos del fallo, al *petitum*, a la oportunidad de su ejercicio y a la naturaleza del acto.

En este orden de ideas, se observa:

a) En cuanto a su finalidad

El contencioso de anulación busca el restablecimiento de la legalidad objetivamente considerada, para asegurar así la regularidad jurídica de la actividad admi-

nistrativa. La Causa Petendi se limita a éste estrictamente, a la cuestión de la legalidad del acto.

En cambio, el de restablecimiento está dirigido a la protección directa del derecho subjetivo del administrado, vulnerado o desconocido por el acto de la administración y busca la condena de ésta para que sea efectivo ese restablecimiento. Aquí la causa petendi va más allá del cuestionamiento de la legalidad del acto.

b) En cuanto a las personas que pueden instaurarlos

El contencioso de nulidad puede ponerse en movimiento a solicitud de cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada (artículo 84 C.C.A.); el de restablecimiento, en cambio, sólo se otorga al que se crea lesionado en un derecho amparado por una norma jurídica, vale decir, al titular del derecho subjetivo desconocido por el acto administrativo (artículo 85 *ibídem*).

c) Por los poderes del juez

En el contencioso de anulación el fallador se limita a confrontar el acto acusado con la norma superior que se alega como infringida. En otros términos "se desenvuelve en torno a dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas que se interpongan jueguen papel alguno en la litis"; y para que, en caso de hallar patente su infracción, se decrete pura y simplemente su anulación, sin agregar ninguna otra declaración, aunque se encuentre que el acto acusado ha producido perjuicios al accionante o a terceros.

En el de restablecimiento el juez va más allá de la simple declaratoria de nulidad; y la litis se desarrolla alrededor de tres elementos diferenciados: La norma violada, el derecho subjetivo que ella protege y el acto violador de aquella y éste. En esta acción el pronunciamiento anulatorio no es más que el supuesto para ordenar la finalidad reparadora de los perjuicios causados al accionante por el acto de la administración. En este sentido puede el juzgador estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas, y modificar y reformar aquellas, cuando sea necesario para cumplir el debido restablecimiento y sólo con este exclusivo fin. Frente a los actos de contenido general no podrá el juzgador tomar idénticas medidas (artículo 170 *if*).

Debe recordarse que en ciertas hipótesis la simple nulidad produce el restablecimiento automático del derecho, como cuando con esa declaratoria se precave un perjuicio eventual o aún no causado.

d) Por la índole de la sentencia

En el contencioso de nulidad la sentencia anulatoria es declarativa mientras que en el de restablecimiento, cuando acoge la pretensión del actor, es de condena.

e) Por los efectos del fallo

En el contencioso de anulación la sentencia anulatoria produce el efecto de cosa juzgada "erga omnes"; el acto desaparece así del ordenamiento jurídico frente a todo el mundo. Si la sentencia es desestimatoria producirá ese mismo efecto, pero sólo en relación con "la Causa Petendi" juzgada. Aspecto éste que guarda íntima relación con el numeral 4o. del artículo 137 que exige en toda demanda de impugnación de un acto administrativo la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de la violación (artículo 175, incisos 1o. y 2o.).

En el de restablecimiento la cosa juzgada, con relación al efecto reparador, se limita a las partes que intervinieron en el proceso y obtuvieron la declaración a su favor (artículo 175 inciso 3o.). En cambio la declaratoria de nulidad aquí obtenida, como en el de simple nulidad, tendrá efectos igualmente erga omnes (artículo 175 inciso 1o.).

Se advierte que cuando se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo interdenuncial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente, los decretos reglamentarios. Aunque el inciso final del antecitado artículo 175 no lo dice, el mismo efecto se producirá frente a los decretos reglamentarios del orden nacional dictados por el gobierno con base en las facultades del ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta, cuando la ley que dicen desarrollar haya sido derogada o declarada inexecutable.

f) En cuanto a terceros intervinientes

En el contencioso de anulación cualquier persona podrá pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda (artículo 146, inciso 1o.).

En el de restablecimiento o nulidad resarcitoria el derecho a intervenir como parte adhesiva se le reconocerá a quien acredite un interés directo en los resultados del proceso (artículo 146, inciso 2o.).

g) En cuanto al petitum

En el contencioso de anulación no puede demandarse sino la nulidad del acto, bien en su integridad o parcialmente, uno o más artículos, tal locución o frase, e incluso una palabra determinada, o un cierto alcance interpretativo.

En el de restablecimiento deberá pedirse, además de la nulidad del acto, el resarcimiento del derecho; para tal efecto deberá expresar el interesado en qué consiste la violación del derecho y la manera como estima que debe restablecerse. Tal como lo indica el inciso final del artículo 138 "cuando se pretendan condenas o declaraciones diferentes a la simple nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda".

En esta acción de restablecimiento no podrá omitirse, bajo ningún pretexto, la petición de nulidad del acto porque el resarcimiento sólo será posible como consecuencia de su invalidación. En estos eventos, como lo ha dicho la doctrina, no hay responsabilidad estatal sin la declaratoria de ilegalidad de la decisión que produjo

la lesión del derecho. Situación diferente se presenta cuando esa lesión es producida por el hecho administrativo, porque aquí tendrá que demandarse directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes (artículo 85).

h) En cuanto al tiempo para su instauración

El contencioso de anulación de un acto administrativo podrá formularse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir (artículo 136 - 1). En cambio, el de restablecimiento caduca al cabo de cuatro meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos años.

Aunque la norma (inciso 20 del artículo 136) no hace la salvedad que traía el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, "salvo disposición legal en contrario", estimo que esa condición subsiste, porque la previsión legal de los cuatro meses no es más que la regla general y nada impide que leyes especiales recorten o amplíen dicho plazo.

i) En cuanto a la suspensión provisional

En el contencioso de simple legalidad para pedir esta medida provisoria basta alegar la manifiesta violación de una norma superior; entendida ésta en sentido positivo (152 inciso 2o.). En cambio, en el de restablecimiento, además de esa manifiesta violación, deberá probarse, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor (153 - 3). Aquí se cambia la exigencia que traía el artículo 94 de la Ley 167 en el sentido de que el perjuicio tenía que ser grave para la persona afectada con el acto. Con todo, estimo que esa supresión no quiere decir ahora que el daño, por insignificante que sea, justifique la medida. No, él debe ser serio y no una simple molestia.

j) En cuanto a la índole o contenido del acto

En la primera etapa de la Ley 167 de 1941 y más o menos hasta 1959, el contencioso de anulación era sólo viable contra los actos de contenido general o abstracto; y el de plena jurisdicción, por el contrario, era únicamente susceptible contra los de alcance particular o creadores de situaciones individuales o concretas.

Después de un amplio debate cumplido en el seno del Consejo de Estado y en el que desempeñó papel importante y decisivo el doctor Carlos Gustavo Arrieta, la corporación sentó una doctrina al respecto que con algunas variantes se aplica en nuestros días. Esa doctrina, conocida como la de los móviles y finalidades, permite que pueda instaurarse, en ciertos eventos, una acción de simple nulidad contra un acto de contenido particular.

Esta jurisprudencia, contenida en el fallo de 10 de agosto de 1961, aparece sintetizada en forma afortunada en el tomo LXIII de los Anales. Se transcribe a con-

tinuación porque conserva toda su vigencia. Se hace la salvedad de que donde diga plena jurisdicción hay que entender, para el futuro, acción de restablecimiento en los términos del artículo 85 del nuevo Código Contencioso Administrativo y que las normas citadas corresponden a la nomenclatura de la Ley 167 de 1941.

CONTENCIOSO POPULAR DE ANULACION Y CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION

“I. No es la generalidad del acto impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación sino los motivos determinantes de la acción (tutela del orden jurídico y mantenimiento de la legalidad abstracta). El sometimiento de la administración al imperio del derecho objetivo es la finalidad propia que la Ley señala a esta acción (artículos 66 y 83 C.C.A.)”.

“II. Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los que las normas legales asignan a la acción, acuerdo que es presumible cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta a la comunidad entera”.

III. Distinta es la situación cuando la misma acción se endereza contra actos de contenido particular, caso en el cual la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: a) Si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho lesionado, el contencioso popular de anulación puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho, en cualquier tiempo; b) Si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, el recurso objetivo no será admisible, a menos que la acción se haya instaurado dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del artículo 83 del C.C.A.”.

“IV. El motivo determinante de la acción de plena jurisdicción es el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva (artículo 67 C.C.A.).

Sus finalidades propias son el restablecimiento del derecho quebrantado, reparando el daño ya ocasionado o precaviendo un perjuicio eventual. Tal la razón para que dicho texto dé opción para pedir la simple anulación (lesión jurídica subjetiva y daño contingente), caso en el cual la declaratoria de nulidad conlleva por sí misma y automáticamente, el restablecimiento del derecho, o la anulación acompañada del restablecimiento (lesión jurídica subjetiva y daño actual), en cuyo caso el interesado podrá intentar la acción con ambos fines, pero en uno y otro evento, dentro de los cuatro meses a que alude el inciso 3o. del artículo 83 del C.C.A.”.

“V. El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desenvuelve en torno de dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas que se interpongan jueguen papel alguno en la litis, en tanto que el contencioso de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento de la responsabilidad estatal, el cual se

desarrolla alrededor de tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste. El lindero preciso entre los contenciosos es pues, la situación jurídica subjetiva amparada por la norma civil o administrativa”.

En el año de 1972 (agosto 21) el mismo Consejo de Estado con ponencia del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, hizo algunas importantes precisiones a la anterior doctrina y despejó algunas dudas que habían quedado flotando luego de la que se deja transcrita en párrafos precedentes. De este proveído pueden destacarse los siguientes aspectos:

a) La acción ya no es un elemento adjetivo del derecho material, sino un derecho público abstracto, individual y autónomo, desarrollo del derecho de petición, de ocurrir a la jurisdicción con miras a la obtención, luego del trámite de un proceso, de una decisión favorable o desfavorable.

b) La Ley determina el régimen de las acciones, teniendo en cuenta su índole o naturaleza. Tal el caso de las acciones denominadas contencioso-administrativas, entre las cuales se distinguen claramente las de nulidad y plena jurisdicción, que pueden considerarse como las tradicionales o clásicas.

c) Las acciones de nulidad y plena jurisdicción, mejor, las pretensiones, poseen notas tipificantes propias que las individualizan, pero su diferencia fundamental radica en el hecho de que mientras aquélla tiene por objeto la tutela del orden jurídico abstracto sobre la base del principio de la jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones (el interés del actor se confunde con el de la colectividad), en la de plena jurisdicción su finalidad última radica en la garantía de los derechos civiles o administrativos de que es titular el administrado, violados o conculcados por la actividad de la administración, mediante sentencia que restablezca esos derechos o resarza el daño.

d) El principio aludido hace inteligibles las otras diferencias procesales existentes entre las dos acciones, y que tienen que ver con las personas que pueden instaurarlas, la oportunidad para su formulación, los requisitos para la suspensión provisional, la intervención de terceros, los efectos de la sentencia, los poderes del juez, etc.

e) La acción de nulidad, de conformidad con los artículos 62 a 65 del C.C.A., procede contra todos los actos administrativos (generales o particulares), con el objeto de tutelar el orden jurídico; pero si mediante la petición de nulidad se pretende la tutela de derechos particulares para restablecerlos o precaver su violación, se configura una pretensión litigiosa y deberá instaurarse contra la administración una acción de plena jurisdicción, la que presenta diversas modalidades o variantes fundadas en pretensiones específicas. Así, la de revisión de reconocimientos periódicos, de cartas de naturaleza, de extinción de dominio, de impuestos, etc.

En pasada oportunidad y todavía dentro de la vigencia de la Ley 167, anotamos

algo al respecto que conserva su vigencia, pese a los cambios terminológicos:

“Aunque la jurisprudencia que se deja sintetizada no lo dice expresamente, de ella se desprende una conclusión de real importancia: Si la ley ha regulado una vía especial para el restablecimiento del derecho o el mantenimiento del imperio de la legalidad, no tendrá el administrado la opción para elegir y deberá someterse a ella; si así no lo hiciera, la escogencia de la simple nulidad o de la típica de plena jurisdicción, dará al traste con sus aspiraciones y el juez deberá declarar la ineptitud sustantiva de la demanda. Así, por ejemplo, ante un acto definitivo de liquidación de impuestos, sólo podrá impugnarlo el contribuyente, quien es el único legitimado para obtener el restablecimiento, y eso por la vía del contencioso fiscal. Por lo tanto, ni siquiera el mismo afectado podrá instaurar la acción de nulidad y menos cualquier otra persona. Igual cosa podrá decirse del acto que declara extinguido el dominio privado, el que sólo será revisable a instancias de la persona afectada y dentro de los términos que para la acción especial de revisión señala la Ley 4a. de 1973 en su artículo 12. Como también, y esto desde el punto de vista del restablecimiento del orden jurídico, no podrá intentarse acción de nulidad contra un acto de nombramiento o de elección de un funcionario, en lugar de la acción electoral especial que fue creada por el legislador precisamente para tales efectos.

Para entender este alcance de la jurisprudencia basta pensar en una idea fundamental que se olvida a menudo: Tanto la acción de nulidad como la de plena jurisdicción buscan, aunque con móviles diferentes, el mantenimiento del orden jurídico; en la primera, por conducto de cualquier persona y en interés de la legalidad; y en la segunda, a instancias de la afectada y con miras al restablecimiento del derecho vulnerado.

Esta nota común en las dos acciones no desaparece porque en la de plena se pida como consecuencia de la nulidad ese restablecimiento concreto.

La Ley así lo estableció en forma inequívoca al disponer, sin distinción alguna, que la nulidad declarada en vía contencioso administrativa, produce efecto general contra todos. Y nadie se atrevería a negar que tanto en la una como en la otra se hace un pronunciamiento anulatorio o juicio de legalidad con idéntico alcance erga omnes. Y tampoco desaparece la finalidad común del mantenimiento del orden jurídico por el hecho de que la de simple nulidad no caduque y sí la de plena, porque aquí entran en juego los conceptos condicionantes de interés general no limitables temporalmente, y de estabilidad de las situaciones jurídicas, necesario para la buena y continua marcha de la administración”.

NOTAS COMPLEMENTARIAS

a) Tanto en el contencioso de simple nulidad como el de restablecimiento se impugnan actos administrativos unilaterales, sean de carácter general o abstracto o de contenido particular. En principio, asimismo, cuando dichos actos sean definitivos, puesto que sólo por excepción podrán impugnarse los preparatorios, de

trámite y ejecución y eso en la hipótesis de los artículos 58, 88 y 153 del Código.

b) Contra los contratos no proceden las acciones mencionadas, ya que las de nulidad relativa y absoluta no pueden confundirse con las anteriores y encajan con otras en las contempladas en el inciso 1o. del artículo 87. En cambio, las que se pueden instaurar contra los actos separables sí quedan comprendidos en los del literal precedente.

c) Las causales de impugnación señaladas en el artículo 84 inciso 2o. operan por igual en todas las acciones de impugnación de los actos administrativos (inciso 3o.) causales o motivos que no son otros que la incompetencia, la expedición en forma irregular, la falsa motivación, la desviación de poder o la violación de la regla de derecho de fondo.

d) Tanto el contencioso de anulación como el de restablecimiento seguirán el trámite del proceso ordinario (artículo 206 y siguientes).

II. ACCIONES DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO

Consideraciones generales

En estas acciones el resarcimiento se pide directamente al juez, bien que la causa de la lesión sea un hecho o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad. Aunque el primer extremo se entiende sin dificultad alguna, ya que se trata de hechos tomados en su acepción genérica, comprensivos no sólo de los actos materiales de ejecución, sino de las abstenciones u omisiones, el segundo (acto administrativo de difícil prueba) requiere una interpretación restrictiva y sólo para aquellos casos que sea prácticamente imposible detectar cuál es el acto administrativo, cuándo y quién lo expidió, porque puede servir de pretexto para utilizar esta vía directa en lugar de la típica de restablecimiento, por ser aquélla más favorable en cuanto al plazo de caducidad. Podría darse el caso con los actos verbales, perdidos dentro de la maraña administrativa y sobre los cuales los distintos funcionarios, bien de un mismo nivel o dentro de la escala jerárquica, niegan haberlos proferido. Y busca la ley proteger al administrado contra las posibles maniobras secretas de la administración, al facilitarle en casos como el aquí estudiado, la acción reparadora directa. De manera que ese obstáculo probatorio hay que entenderlo en el sentido de que esa dificultad emane de la misma administración, que ésta la haya propiciado, por no permitir que su decisión sea claramente identificada. Se atiende así más al resultado dañoso que se quiere resarcir que a su causa. De lo contrario, se favorecería la actividad secreta, difusa e incontrolada de la administración, ya que el administrado podría verse ante la perspectiva de no poder accionar por no saber cuál es el acto, por quién y cuándo fue expedido. En estos eventos, el acto de difícil prueba recibe el tratamiento de hecho para facilitar la reparación del daño.

Mediante esta acción de reparación directa y cumplimiento puede pedir la persona afectada (quien es la que puede, en principio, demostrar un interés directo), el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un

deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la lesión, como se dijo, sea un hecho o un acto administrativo de difícil prueba.

Aunque el enunciado del artículo 86 enumera las posibles pretensiones concretas, todas ellas pueden reducirse genéricamente a la de restablecimiento, porque la reparación del daño tiene este alcance, como lo tiene también el que la administración cumpla el deber que estaba eludiendo o devuelva lo que se le pagó indebidamente. En todas estas hipótesis, la conducta de la administración, no traducida en actos administrativos, perjudica a una persona o a un grupo de personas determinadas o determinables.

Las distintas situaciones enunciadas en el primer inciso del artículo 86 son de fácil comprensión, salvo que se refieren a la devolución de lo indebidamente pagado que requiere algunas precisiones para evitar equívocos.

La obligación de pagar al Estado emana ordinariamente del acto administrativo que la concrete, entendiéndose, claro está, que la fuente mediata de esa obligación está en la Ley. De allí que cuando la administración impone una obligación a cargo del administrado, lo hace mediante un acto administrativo; acto que, como tal, está sujeto a los controles de legalidad propios, primero a nivel de la misma administración y luego ante la jurisdicción. También puede tener esa obligación su fuente en el contrato.

Si la administración exige algo no autorizado en la ley o más de lo permitido en la misma y el administrado paga, la acción de restablecimiento no podrá ser otra que la regulada en el artículo 85 del C.C.A., pero si soluciona por error lo que no debe o por exigencias indebidas de la administración no traducidas en un acto administrativo (el funcionario le exige que pague multas inexistentes o cargas no contempladas en el ordenamiento jurídico u otros emolumentos, etc.), la acción para obtener esa devolución será la de reparación directa del artículo 86. Aquí el acto administrativo o no existe o aparece tan desdibujado que hace prácticamente imposible su impugnación. En tales eventos el pago de lo no debido se vincula íntimamente con el enriquecimiento sin causa y con la "actio in rem verso", la que en el fondo, no es más que una acción de reparación directa o extracontractual, como también podrá denominarse.

También será de reparación directa dentro del nuevo código las acciones indemnizatorias por trabajos públicos. En esto se siguió la línea de la Ley 167 de 1941; y en cierto sentido se revivió su régimen inicial, ya que no sólo procede esa reparación en los casos de ocupación transitoria o daños en la propiedad inmueble, sino cuando esa ocupación sea permanente. Se habla de que se revivió esa ley, por cuanto la H. Corte en sentencia de junio de 1955 había declarado inexecutable los artículos 261 y siguientes que en la misma hacían referencia a esta última forma de ocupación.

Hechas las reflexiones precedentes y a guisa de resumen, se destacan las características fundamentales en este contencioso:

1. Conocido también como el de la responsabilidad extracontractual, comprendía en el sistema anterior dos acciones diferentes: La ordinaria y la especial o indemnización por trabajos públicos.

2. Aunque ya no exista esa dualidad, no por eso puede decirse que desapareció de la legislación la noción del trabajo o de la obra pública. Lo que sucede es que ya no existe la diferencia desde el punto de vista procesal entre las dos acciones, porque tan de responsabilidad extracontractual es la una como la otra. Pero sustancialmente la diferencia subsiste porque mientras en los trabajos públicos la responsabilidad es objetiva, deslindada de la noción de culpa o falla del servicio, en la responsabilidad ordinaria esta falla, así sea anónima, seguirá jugando su papel primordial, como seguirá teniendo operancia la idea de igualdad frente a las cargas públicas, la disposición legal o el riesgo especial para los casos de responsabilidad sin culpa.

3. La acción por trabajos públicos ganó gran amplitud en el nuevo código, como que volvió al régimen inicial de la Ley 167 de 1941, vale decir, no sólo a la ocupación transitoria o a los daños en la propiedad inmueble causados por esos trabajos, sino a la ocupación permanente de la misma, extremo este último que se había asignado a la justicia ordinaria luego de la inexecutable parcial de los artículos 261 y siguientes de la antecitada ley, declarada por la Corte Suprema en su sentencia de 20 de junio de 1955.

4. No existe en esta acción el agotamiento de la vía gubernativa, puesto que la indemnización no podrá solicitarse a la entidad pública causante de la lesión del derecho ya que por razones de orden constitucional no podrá hacer directamente ese reconocimiento (artículos 207 y 210 de la C.N.).

5. En este contencioso la administración será, en principio, la parte demandada; aunque nada obsta para que una entidad pública pueda demandar a otra de igual o diferente nivel. Aquí la administración está compuesta, ordinariamente, por los entes territoriales y por los establecimientos públicos; pero la administración no podrá ejercitar esta acción contra los particulares ante la jurisdicción administrativa, sino que tendrá que hacerlo ante la justicia ordinaria.

Se observa que los asuntos de responsabilidad contra las empresas industriales y comerciales del estado o las sociedades de economía mixta por sus actividades industriales o comerciales competen, por regla general, a la justicia ordinaria. Cabe recordar aquí que estas entidades también cumplen otras actividades regidas por el derecho público y en este sentido sus controversias serán de la justicia administrativa. Se precisa así el alcance de los numerales 10 de los artículos 131 y 132 del código.

6. La caducidad de las acciones aquí estudiadas, incluidas las de trabajos públicos, será de dos años contados a partir de la producción del hecho o acto de difícil prueba. Se recortó así el término de tres años impuesto por el artículo 28 del Decreto 528 de 1964.

7. El proceso para hacer efectivas estas pretensiones será el especial regulado en los artículos 217 y siguientes del nuevo estatuto para los procesos contractuales y de reparación directa y cumplimiento. Procedimiento que trae como innovaciones, fuera de la contestación de la demanda impuesta en el artículo 144 para los procesos en general, la posibilidad que tiene el demandado o el ministerio público de denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvencción. Asimismo, cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad de economía mixta o empresa industrial o comercial del Estado, podrá allanarse a la demanda en los términos de los artículos 93 y 94 del C.P.C. Es ésta una peligrosa innovación, dada la alegre irresponsabilidad de nuestros administradores públicos.

No puede olvidarse aquí las salvedades hechas en el punto 5o., en cuanto a los particulares como posibles demandados en estas acciones de reparación directa y en cuanto a las empresas industriales o comerciales del Estado, o sociedades de economía mixta.

8. Cuando la acción sea indemnizatoria por trabajos públicos deberán observarse las previsiones contempladas en los artículos 219 (deducción por valorización por el trabajo público realizado) y 220 (transmisión de la propiedad en los casos de ocupación permanente).

III. LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Artículo 87 del C.C.A.)

Consideraciones generales

Las controversias contractuales, derivadas de los contratos administrativos o de los privados de la administración en los que se haya incluido la cláusula de caducidad, podrán ser de reclamación directa o típicas de restablecimiento, siendo de la primera clase cuando se pretende con ellas un pronunciamiento sobre la inexistencia o validez del contrato, su revisión, su cumplimiento o la responsabilidad derivada del mismo; y de la segunda, cuando para obtener determinado restablecimiento se debe pedir la anulación de un acto administrativo separable.

Advierte el inciso final del artículo 87 que dichos actos serán controlables mediante las otras acciones previstas en el Código, vale decir entonces, por las de simple nulidad o de restablecimiento.

Aunque en la ley colombiana no existe definición del acto separable, entendemos por tal, en sentido lato, cualquier decisión unilateral tomada por la entidad contratante en las etapas pre-contractual o de ejecución o cumplimiento del contrato y en ejercicio de un poder legal. Como se ve, la noción de acto separable excepciona el principio de la bilateralidad que es la nota característica del contrato y muestra a la administración en ejercicio de facultades autónomas no susceptibles de convenio alguno. En sentido estricto, sería separable sólo aquél que se dicta en la etapa previa a la celebración del contrato y cuando formalmente no puede hablarse de éste. Para otros no ostentaría ese carácter sino el que impone multas o

sanciones al contratista por incumplimiento. Los dos últimos enfoques son demasiado restringidos y reducen el concepto a su mínima expresión. Estimo que separable no puede tomarse en sentido semántico o de que puede desligarse del contrato como algo independiente o con autonomía propia, sino en el sentido de ser el desarrollo de los poderes que posee una sola de las partes (la administración), otorgados por la ley y no por el convenio mismo. Así, el acto es separable en cuanto es la manifestación de voluntad de la entidad contratante en ejercicio de poderes legales. En tal sentido, está regulado por el Decreto 222 de 1983, el que contempla una serie de actos administrativos unilaterales susceptibles no sólo de control gubernativo sino jurisdiccional mediante las acciones propias de dichos actos.

Cabe destacar en este contencioso contractual, sus notas características, así:

1. Este contencioso sólo se adscribió a la jurisdicción administrativa por el Decreto 528 de 1964, ya que en el régimen de la Ley 167 de 1941 las resoluciones administrativas que tuvieran origen en un contrato estaban excluidas expresamente de dicha jurisdicción (artículo 73 ord. 1o.).

En el nuevo estatuto, no sólo se estableció un proceso especial para su ejercicio (artículos 217 y siguientes del C.C.A.) sino que la acción aparece delimitada en su artículo 87 *ibidem*.

2. Comprende este contencioso las controversias derivadas de los contratos administrativos e interadministrativos y de los privados en los que se haya pactado la cláusula de caducidad; pero el debate no se circunscribe al acto expedido por la administración contratante, sino a cualquier conflicto que surja durante su celebración, ejecución o cumplimiento.

3. Los procesos referentes a los contratos indicados en el numeral anterior, celebrados por la nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, serán del conocimiento de los tribunales administrativos, bien en única o en primera instancia, según la cuantía; aquélla hasta de dos millones de pesos y ésta de allí en adelante (artículos 131 n1. 10 y 132 n1. 10 C.C.A.); y de acuerdo con el factor territorial, o sea el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato.

4. La administración contratante puede en estas controversias asumir el papel de parte demandante o demandada.

5. Por regla general en estas acciones no se da el agotamiento de la vía gubernativa, ya que ordinariamente serán de reclamación directa, como las indicadas en el primer inciso del artículo 87 del código y relacionadas con la existencia o validez del contrato, su revisión, su incumplimiento o responsabilidad.

En cambio, las controversias que giren en torno a los actos separables seguirán las reglas generales señaladas para el control de los actos administrativos: Vía gubernativa y acción jurisdiccional de restablecimiento.

6. La caducidad en las distintas acciones contractuales no aparece bien definida en el código, pese a los términos aparentemente claros de los incisos 7o. y 8o. de su artículo 136. Así, en un primer intento, puede afirmarse: Las de reclamación directa (inciso 1o. artículo 87) caducarán a los dos años de ocurridos los hechos que den lugar a ella. Las de restablecimiento contra los actos separables, serán instaurables dentro del mismo término pero sólo una vez terminado o liquidado el contrato. Aquí se entiende el inciso 7o. como comprensivo de todas las acciones contractuales (las de reclamación directa y las de restablecimiento) y el 8o. como la excepción en cuanto a la oportunidad para su ejercicio.

Con todo, si se observa el inciso final del artículo 87 que dispone el control de los actos separables mediante las acciones de restablecimiento, podría afirmarse que la caducidad sería la propia de estas acciones, o sea la de cuatro meses (inciso 2o. del artículo 136).

Me inclino por la primera opinión, dada la especialidad y el tenor del mencionado inciso 7o. del antecitado artículo que dispone el término de los dos años, bien sea que la controversia se origine en un acto o en un hecho.

Se precisa asimismo, que las acciones de nulidad absoluta y relativa quedaron cobijadas con la caducidad señalada en ese mismo artículo 136, derogándose así para las primeras, el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, y para las segundas, el artículo 79 del Decreto 222 de 1983.

7. Las controversias contractuales, así como las de reparación directa, se tramitarán en primera o única instancia, siguiendo el derrotero indicado en los artículos 217 y siguientes (Capítulo II del título XXVI).

En segunda instancia ante el Consejo, su trámite será el ordinario (artículo 212 y siguientes), por cuanto este aspecto no se reguló de una manera especial, quizás por olvido o porque no se consideró necesario.

Se hace aquí una precisión: Las controversias contra los actos separables seguirán la vía ordinaria (artículos 206 y siguientes). Estimo que esto debe ser así por cuanto el debate tendrá que circunscribirse a la nulidad del acto administrativo y el restablecimiento consecuencial sólo podrá comprender las consecuencias directas e inmediatas ocasionadas por el mismo. En este orden de ideas puede afirmarse asimismo, que no cabrá ni la denuncia del pleito, ni el llamamiento en garantía, ni la demanda de reconvenición.

IV. ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS (Artículo 88 C.C.A)

Aunque el código habla en su artículo 88 de "la acción de definición de competencias administrativas", más que una acción el asunto debió ser tratado como un proceso especial o conflicto de competencias producido entre autoridades administrativas, que puede ser propuesto ante la jurisdicción administrativa, o por quien demuestre un interés directo o por una cualquiera de las autoridades impli-

cadadas en el conflicto, dentro de los dos años siguientes a la presentación del mismo. Pero si bien su finalidad es definir cuál es el organismo o funcionario competente, con la consiguiente nulidad o suspensión de lo hecho por el incompetente, el inciso final crea cierto equívoco pues parece dar a entender que el juzgador podría culminar la acción administrativa tomando disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o modificando o reformando aquéllas. El equívoco se despeja entendiendo que la jurisdicción sólo fijará los límites de esa competencia y la autoridad con poder para ejercerla; ya que una vez dictada la sentencia, la administración cumplirá la orden así expedida, tomando las medidas requeridas para la culminación de su actividad administrativa. De lo contrario, estaría la jurisdicción extraviada en la administración con desconocimiento del principio de la separación de poderes. Desafortunadamente este conflicto quedó huérfano de procedimiento especial y tendrá que seguirse por la vía ordinaria, dispendiosa e inadecuada para el efecto. Debíó adoptarse un trámite similar al contemplado en la Ley 167 de 1941 (artículos 141 y siguientes) la que le daba tratamiento de juicio especial.

V. CONTENCIOSO ELECTORAL

Estimamos que éste merece consideración aparte, puesto que posee características propias, como que fluctúa entre una acción pública de nulidad y una de restablecimiento, tomando algunos aspectos comunes como el de los motivos de impugnación. Se aclara sí que frente a éstos se darán otros propios y específicos de las controversias electorales.

Merecen destacarse en estas controversias los siguientes aspectos:

1. Implica una acción pública especial de legalidad o de impugnación de un acto administrativo electoral, sujeto a reglas propias.

2. La acción se asemeja a la de simple anulación, ya que puede ser ejercida por cualquier persona, aunque con un término de caducidad de veinte días contados a partir del siguiente a aquél en que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expida el nombramiento (artículo 136 if).

3. Por excepción podrá formularse como una acción típica de restablecimiento, dándose así un contencioso subjetivo electoral puesto en marcha por la persona directamente afectada con el acto de elección, o sea la que sufre la desinvestidura consecuencial. En tales eventos, el proceso seguirá la vía ordinaria y no la especial consagrada para la acción pública.

4. La acción comprende no sólo la impugnación de los actos de elección de los miembros de las corporaciones públicas o los hechos por éstas, sino también los actos de nombramiento dictados por los funcionarios y demás órganos estatales.

5. El fallador goza en este tipo de acción de atribuciones amplias que exceden las ordinarias del juez administrativo, pues aparte del poder de decisión, puede ejecutar, en ciertos eventos, sus propias decisiones, ejemplo, hacer un nuevo escru-

tinio, otorgar nuevas credenciales y cancelar las iniciales (artículos 247 y 248 del C.C.A.). Además, podrá aclarar la sentencia de oficio dentro de los términos indicados en el inciso 1o. del artículo 246 ibídem, no sólo en cuanto a errores aritméticos, sino cuando hubiere motivos de duda respecto de alguna de sus disposiciones.

6. El procedimiento en este contencioso es conminatorio. En tal sentido las partes y el juez quedan sujetos a multas o sanciones por demoras o irregularidades en su trámite. En su decisión tendrán cierta prelación, dado lo improrrogable de sus términos, en especial en los procesos que se refieren a elecciones de corporaciones públicas de origen popular (artículo 242).

7. El trámite del juicio está sujeto a reglas especiales, contenidas en el capítulo IV del título XXVI del Código Administrativo (artículos 223 y siguientes).

8. En este contencioso cabrá la acumulación oficiosa de procesos, exceptuándose así el régimen general que exige la petición de parte; el incidente de acumulación se cumplirá luego del vencimiento del período probatorio (artículo 237).

9. En estos procesos será improcedente el desistimiento de las coadyuvancias o impugnaciones de las pretensiones de la demanda, tal como lo dispone el artículo 235 del código.

Aunque a contrario sensu podría pensarse entonces que la acción principal sí es desistible, estimo que la solución es igualmente negativa por cuanto se trata de una acción pública en interés de la legalidad y sólo son renunciables los derechos que sólo miran el interés de los titulares. Quizás el código con esa disposición no hizo más que reafirmar el carácter no desistible de la acción, al transmitirle el mismo efecto a esas intervenciones de terceros, en principio también, de carácter principal y no secundario.

10. Los procesos electorales serán del conocimiento de la jurisdicción administrativa así: En el Consejo (en única instancia) los relacionados con el numeral 4o. del artículo 128; en igual instancia en los tribunales, los indicados en el numeral 3o. del artículo 131; y de primera en éstos, los casos contemplados en el numeral 4o. del artículo 132.

11. En estos procesos, como en los de simple nulidad, no procederá la condena en costas (artículo 171).

12. Estimo que en estos procesos, dado el carácter público de la acción electoral, no procederá la perención, aunque el artículo 148 no los contemple dentro de sus excepciones. Además, al establecer la ley el abandono como forma anormal de terminación en la hipótesis del inciso final del artículo 233, está mostrando inequívocamente que sólo por excepción quiere esa cesación antes de la sentencia, ya que el principio de la impulsión oficiosa gobernará todos los demás pasos del proceso. Asimismo, hay que pensar que el abandono es una forma especial, aunque recortada, de la perención.