

La descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa

Una visión desde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca



Leonardo Augusto Torres Calderón*

Recibido: junio de 2004

Aprobado: julio de 2004

INTRODUCCIÓN

Uno de los cometidos del Estado social de derecho es el de proporcionar una pronta y cumplida justicia para todas las personas que requieren de la intervención del órgano jurisdiccional para la solución de sus controversias o la protección de sus derechos, reconocidos por la ley. En las últimas dos décadas la demanda de justicia se ha incrementado en forma geométrica, por lo que la respuesta del aparato judicial ha sido insuficiente para satisfacer esta solicitud creciente; esta situación se ha vuelto especialmente crítica en las secciones Segunda y Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado. En efecto, en 1980, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca estaba compuesto de veintisiete magistrados y tenía a su cargo unos 13.000 procesos ordinarios; mientras que a diciembre de 2003, con una planta de treinta magistrados, se estaban tramitando unos 48.000 procesos ordinarios. Actualmente el Tri-



* Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera. Profesor de la Universidad del Rosario de Bogotá. Doctor de Estado en Derecho de la Universidad de Aix-Marsella III, Francia.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 209-228, julio-diciembre de 2004

bunal Administrativo de Cundinamarca conoce cerca del 53% de los procesos contenciosos que se tramitan en Colombia. Así mismo, por ejemplo, en la Sección Tercera del Consejo de Estado la congestión es tan grande, que cada magistrado de dicha Sección tiene actualmente para fallo más de 1.200 expedientes, y están atrasados más de cinco años.

Este aumento de las demandas que conoce la jurisdicción se debe a un incremento de las acciones de competencia de la misma, pues a partir de 1991 comenzaron a tramitarse ante la jurisdicción las llamadas acciones constitucionales (tutelas, pérdida de investidura, cumplimiento, populares y de grupo), y le fueron asignadas a la jurisdicción contencioso administrativa acciones que antes correspondían a otras jurisdicciones (como por ejemplo los procesos ejecutivos contractuales y las restituciones), además de haberse incrementado sustancialmente la carga de trabajo con el trámite de las conciliaciones prejudiciales y las acciones de repetición. Las secciones Segunda y Tercera están sobresaturadas de trabajo pues, además de tener que tramitar las llamadas acciones constitucionales, han visto incrementado el número de demandas por los procesos de reestructuración del Estado que han afectado a miles de servidores públicos que han quedado sin empleo, y por la situación de orden público que ha incrementado sustancialmente las demandas de reparación directa en contra del Estado. En este artículo se formulan algunas propuestas para descongestionar las secciones Segunda y Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado. Las propuestas consisten en modificaciones de la legislación vigente, por cuanto las medidas administrativas que ha implementado el Consejo Superior de la Judicatura, de creación de tribunales o grupos de trabajo de descongestión, son medidas puramente transitorias que, aun cuando han ayudado a disminuir el número de procesos para fallo, no constituyen una verdadera solución del problema.

1. PROPUESTAS DE DESCONGESTIÓN

1.1 Medidas tendientes a simplificar y disminuir los términos de caducidad de algunas acciones contenciosas ordinarias

a) Es importante modificar el artículo 136 numeral 3° del Código Contencioso Administrativo (CCA), el cual no establece término de

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 209-228, julio-diciembre de 2004

caducidad para la acción de nulidad contra los actos presuntos que resuelvan un recurso por la vía gubernativa, pues deja a discreción del administrado la posibilidad de demandar en cualquier tiempo. El término de caducidad, por ser un asunto de orden público, no debe dejarse indefinido, a voluntad del interesado. Además, es necesario unificar los términos en que opera el silencio administrativo sustancial y procesal, en un plazo igual de dos meses para ambos, pues en la actualidad el silencio administrativo sustancial opera a los tres meses, cuando la administración deja de responder una petición,¹ y el silencio administrativo procesal se configura a los dos meses, cuando la administración deja de responder un recurso por la vía gubernativa.² En concreto, el término fijado en el artículo 40 del CCA debe reducirse a dos meses. El artículo 136 numeral 3° del CCA podría modificarse en la siguiente forma: “La acción sobre actos presuntos, que resuelvan una petición o un recurso, podrá interponerse al cabo de cuatro (4) meses de haberse configurado el silencio administrativo”. Esta modificación, de todas maneras, dejaría la posibilidad al administrado para que dentro de los cinco días siguientes a la configuración del silencio administrativo pueda interponer, contra el acto presunto, los recursos que sean procedentes por la vía gubernativa.

b) El artículo 87 del CCA señala un término de caducidad de treinta días siguientes a la notificación, publicación o comunicación, para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos precontractuales, entendiendo como tales los que se expidan con anterioridad a la celebración del contrato. La parte final del párrafo 2° del artículo 87 del CCA, sin embargo, dispuso lo siguiente: “Una vez celebrado éste [el contrato], la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato” (énfasis agregado).

Del análisis de esta parte final de la norma en comento ha entendido la Sección Tercera del Consejo de Estado que, una vez celebrado el contrato, los actos precontractuales, y en especial el acto de adjudicación, pueden demandarse mediante la acción contractual, en la cual se demande la nulidad del acto previo y, en consecuencia, la nulidad del contrato, evento en el cual el término de caduci-

¹ Artículo 40 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

² Artículo 60 del CCA.

dad ya no es de treinta días, sino de dos años, esto es, el señalado en el artículo 136, núm. 10º del CCA.

Esta distinción entre actos precontractuales y actos contractuales, que establece un término diferente de caducidad y una acción diferente para atacar cada uno de ellos no se justifica de ninguna manera, pues deja a voluntad de la entidad contratante el tipo de acción correspondiente contra el acto administrativo, pues al celebrarse el contrato ya no es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino la acción contractual, ampliándose sustancialmente el término de caducidad; y si la entidad contratante decide demorarse en la celebración del contrato, la caducidad es más reducida (30 días) y la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dado lo anterior, no se justifica la distinción del término de caducidad y del tipo de acción procedente contra los actos precontractuales, según se haya celebrado o no el contrato estatal, por lo que en ambas situaciones el término de caducidad debería ser de treinta días y la acción procedente, la de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior, por las siguientes razones de orden jurídico: 1) El artículo 87, párrafo 2º del CCA establece que la interposición de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales “no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato”. De esta norma se deduce que las demandas de nulidad contra los actos precontractuales no tienen ningún efecto en la ejecución del contrato. Además, en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos precontractuales están legitimadas para actuar las personas que hayan intervenido en el proceso de selección (por regla general quienes hayan comprado los pliegos o los términos de referencia), mientras que en las acciones contractuales, en principio, únicamente están legitimadas las partes del contrato, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo. 2) El parágrafo 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece que “para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual, no es necesario demandar el contrato que los origina”. Si no es necesario demandar el contrato para demandar los actos contractuales, esto es, los expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, con mayor razón no es necesario demandar el contrato, cuando se busque únicamente demandar la legalidad del acto precontractual.

Para unificar el régimen jurídico de los actos precontractuales sería conveniente, además de eliminar la siguiente expresión contenida en el párrafo 2º del artículo 87 del CCA: “Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”, modificar también lo dispuesto en el aparte final del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que establece que “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, sólo serán susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”, en la siguiente forma: “Los actos administrativos precontractuales sólo serán susceptibles del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; los actos administrativos contractuales, que se expidan con posterioridad a la celebración del contrato, sólo serán susceptibles de ser atacados mediante la acción contractual”.

Puesto que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de actos precontractuales no afecta la ejecución del contrato, lo lógico es que su invalidez tampoco fuera causal de nulidad de éste, pues normalmente cuando ya se ha fallado un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto precontractual, el contrato celebrado con posterioridad a dicho acto ya se ha ejecutado en su totalidad. El interés de los actores de demandar un acto precontractual, y en especial el acto de adjudicación, radica en que se les indemnicen los perjuicios causados por no habérseles adjudicado el contrato, pues en la sentencia el juez no puede ordenar a la administración la celebración del contrato si el demandante gana el proceso, éste recibe una indemnización sin haber trabajado, esto es, sin haber efectuado los servicios o entregado los bienes materia del contrato.

Para establecer claramente que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sólo es procedente contra actos precontractuales, es necesario que se elimine como causal de nulidad absoluta del contrato el numeral cuarto del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que establece como causal de nulidad absoluta la declaratoria de nulidad del acto administrativo en que se fundamente el contrato, por cuanto tal como está previsto en la norma citada, podría pensarse que puede intentarse la acción de nulidad en contra del contrato luego de haberse proferido un fallo declarando la nulidad del acto de adjudicación, y dada la duración, en promedio de diez años para las dos instancias, cuando esté en firme la sentencia de nuli-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 209-228, julio-diciembre de 2004

dad del acto administrativo precontractual, ya ha vencido el término de caducidad de la acción de nulidad del contrato, la cual se cuenta desde la fecha de su celebración y la cual no puede exceder en ningún caso de cinco años.³

c) Es conveniente reducir el término de caducidad de las acciones contra los actos contractuales expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, de dos años a partir de su ejecutoria, previsto en el artículo 136, literal 10° del CCA, a cuatro meses, unificándolo con el término de caducidad general establecido para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos previsto en el numeral 2° del artículo 136 del CCA, por cuanto el parágrafo 2° del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece que contra los actos expedidos en ejercicio de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina y, por regla general, el único interés del demandante es lograr el restablecimiento del derecho consistente en una indemnización y no afectar la ejecución del contrato.

d) En la redacción de la Ley 446 de 1998 las normas sobre caducidad de la acción contractual, previstas en el numeral 10° del artículo 136 del CCA, son muy complicadas y casuísticas, y dejan el término de caducidad determinado por muchos factores, tales como el plazo del contrato, el hecho de que éste deba liquidarse o no, que efectivamente se hubiere liquidado y la forma como se hubiere hecho, por lo que sería conveniente unificar los términos de caducidad en la siguiente forma:

- Para las acciones de nulidad absoluta y relativa del contrato el término de dos años contados a partir de la fecha de suscripción de contrato y, en todo caso, se extenderá durante todo el plazo de vigencia del mismo.
- Para las acciones contractuales diferentes a la de nulidad del contrato el término de caducidad será de dos años, contados a partir de la fecha de terminación de la vigencia del contrato por cualquier causa y, en todo caso, a partir del hecho de incumplimiento que hubiera hecho imposible la continuación de la ejecución del mismo.



³ De conformidad con el artículo 136, numeral 9°, literal e, del CCA.

1.2 Mecanismos que buscan disminuir la carga de las salas

En las salas de las secciones y subsecciones deben discutirse únicamente providencias que sean de verdadera importancia, por lo que muchos autos que actualmente son de Sala deben convertirse en autos de ponente, a saber: a) los autos de obedécese y cúmplase de las decisiones de los superiores; b) los autos que conceden o niegan los recursos de apelación y de súplica; c) los autos que niegan pruebas, contra los cuales solamente procedería el recurso de súplica y nunca el de apelación, lo que implicaría una modificación del artículo 181, núm. 8° del CCA; d) los autos que decretan pruebas de oficio, lo que implicaría una modificación del párrafo 2° del artículo 169 del CCA; e) los autos que integran un litis consorcios o en garantía, lo que implicaría una modificación del artículo 81 del CCA; f) los autos que aprueben o imprueben conciliaciones prejudiciales, por un valor inferior a lo que en un proceso civil se considera de menor cuantía,⁴ esto es, hasta noventa salarios mínimos, lo que implicaría una modificación al artículo 181, núm. 5° del CCA.

1.3 Medidas que buscan disminuir el periodo probatorio

Está demostrado que lo que más demora el trámite de los procesos contenciosos es la práctica de pruebas, por cuanto el término establecido para ello en los procesos ordinarios —40 días de conformidad con lo previsto en el artículo 402 del CPC—, es un término imposible de cumplir debido a la costumbre de un número importante de profesionales del derecho de querer que todas las pruebas las ordenen y las practiquen los tribunales administrativos. Para aligerar el periodo probatorio es necesario adoptar las siguientes medidas:

1. Modificar el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, estableciendo la obligación del demandante de acompañar con la demanda todos los documentos con los cuales se demuestren los presupuestos procesales, a saber:
 - a) La legitimación en causa por activa. Si el demandante alega que es hijo o familiar de una persona, debe demostrarlo aportando desde un inicio los registros civiles que demuestren tal

⁴ Como lo estableció en el procedimiento civil la Ley 572 de 2000, artículo 1, que modificó el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

calidad; si el demandante alega que es propietario de un inmueble o de un vehículo debe demostrar con el folio de matrícula inmobiliaria o con el certificado de tradición, no anterior a tres meses, que ostenta dicha calidad; si el demandante alega que es poseedor o tenedor, podría exigírsele que aporte el contrato de tenencia, arrendamiento o comodato, o que demuestre la posesión, aportando declaraciones extra juicio que demuestren que ha usado el bien como señor y dueño. Trátándose de acciones contractuales, debe establecerse como requisito la necesidad de que el actor aporte con su demanda todos los antecedentes administrativos del contrato o del acto contractual o precontractual demandado, salvo que se demuestre que los solicitó a la entidad demandada por derecho de petición y que, transcurrido el término legal, la entidad omitió la entrega de los mismos para lo cual debe aportar la prueba de haber formulado la petición respectiva.

- b) La prueba del daño sufrido cuando esté a disposición de la parte actora. En las acciones de responsabilidad debe exigirse desde un inicio que el demandante aporte con la demanda las pruebas del daño, en especial las siguientes: el registro de defunción en caso de muerte; el certificado de incapacidad médica que le hayan practicado en Medicina Legal, en caso de lesión, cuando por tales hechos se haya formulado denuncia penal; los certificados de ingresos y retenciones; las declaraciones de renta y de pago de impuesto a las ventas, contratos de trabajo, etc., cuando el demandante pretenda exigir el pago de indemnización de lucro cesante y daño emergente; las facturas que se hayan cancelado para el pago de gastos hospitalarios, funerarios y para la reparación de vehículos o de bienes que hayan sido afectados. Lo anterior, por cuanto estos documentos normalmente se encuentran en poder del actor, y le corresponde en consecuencia aportarlos y así hacerlos valer dentro del proceso.
- c) La legitimación en causa por pasiva. Debe preverse que si el juez o magistrado se da cuenta que la demanda está dirigida contra una entidad pública o privada, que no es la llamada a responder por los hechos, o que su existencia y representación no están debidamente acreditadas, no se admita la demanda para que se corrija la misma, so pena de rechazo, pues frecuentemente se adelanta todo un proceso, y en la senten-

cia se deniegan las pretensiones por haberse demandado incorrectamente a una entidad pública, como por ejemplo, se demanda al INPEC por una muerte en la Cárcel Distrital, siendo que quien debe responder es el Distrito Capital.

- d) La caducidad. Aun cuando el artículo 143 del CCA rechaza de plano la caducidad de la acción, el artículo 149 del mismo estatuto no establece como anexos obligatorios de la demanda aportar la prueba de los documentos que demuestren que la acción no ha caducado, entre los cuales estaría la solicitud y terminación de la conciliación prejudicial; la copia auténtica debidamente ejecutoriada de la sentencia que absolvió o precluyó la investigación a favor del procesado, o en la cual se cometió un error judicial; el último recibo de pago en las acciones de repetición; copia del acta del comité sobre la procedibilidad de la acción de repetición; el acta de inicio de obras en el caso de ocupación permanente de un bien inmueble, entre otras.
 - e) Agotamiento de la vía gubernativa. Es conveniente que se modifiquen el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993, artículo 77, estableciendo la obligatoriedad de interponer el recurso de reposición contra actos contractuales como requisito de procedibilidad para acceder a la vía jurisdiccional, pues actualmente los actos contractuales solamente tienen recurso de reposición, y éste no es requisito para agotar la vía gubernativa.
2. Restringir al máximo la prueba testimonial. Reducción que se sugiere sea en un máximo de cinco testimonios por cada proceso, pues la mayor parte de los testimonios son para demostrar la reputación, buen nombre, prestigio social, familiar, económico, profesional, etc., de los actores o de la víctima. El artículo 11 de la Ley 446 de 1998 permitió presumir como auténticos todos los documentos privados originales presentados por las partes, mientras no sean tachados de falsos por la contraparte.
 3. Establecer como norma el nombramiento de los auxiliares de la justicia, previa llamada telefónica y comprobación de que el auxiliar designado puede efectivamente tomar posesión del cargo. Para limitar la solicitud infundada de peritajes debe establecerse una norma que disponga que los mismos únicamente se de-

cretarán cuando la parte haya aportado todos los documentos demostrativos del daño, que no podrán pedirse para evaluar el daño moral. En el auto de designación de peritos deben señalarse los gastos de pericia, que deben ser consignados a la mayor brevedad por la parte interesada, so pena de declararse desistida la prueba. Todas las comunicaciones con los auxiliares de la justicia deben hacerse telefónicamente, dejándose constancia escrita de la llamada en el expediente.

4. Restringir al máximo las inspecciones judiciales, sobre todo cuando en su mayoría las mismas únicamente tienen por objeto obtener documentos que reposan en los archivos de la entidad pública demandada. Para esto, es necesario crear la obligación de la entidad pública de aportarlos, so pena de dar por ciertos los hechos afirmados por el demandante en la demanda (como sucede en las acciones de tutela).

1.4 Medidas que buscan desestimular las demandas temerarias o injustificadas

- a) El establecimiento de un arancel judicial obligatorio relativamente alto, tanto para acciones ordinarias como para acciones constitucionales (para evitar el abuso en la formulación de acciones infundadas).
- b) Prever en todos los procesos la obligación del demandante de constituir una caución que garantice el pago de las costas judiciales, en caso de que sean desestimadas sus pretensiones. Modificar las disposiciones sobre costas establecidas en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del CCA, previendo que la parte vencida debe en todo caso pagar costas al vencedor.

1.5 Medidas tendientes a excluir asuntos de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, que por su naturaleza y tradición han sido siempre de conocimiento de otras jurisdicciones

- a) Los procesos ejecutivos contractuales. En esta área es necesario modificar el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, pues los jueces civiles tradicionalmente han sido los competentes para conocer de

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 209-228, julio-diciembre de 2004

este tipo de procesos. En efecto, únicamente deberían ser competencia de la jurisdicción contenciosa los procesos de conocimiento relativos a contratos, ya se trate de acciones contractuales o de acciones contra actos administrativos precontractuales y contractuales. Los procesos ejecutivos derivados de contratos o sentencias contractuales deberían regresar a la jurisdicción civil, por cuanto no existe justificación válida para que éstos sean de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues a los mismos no se les aplican las normas del CCA, sino únicamente las del Código de Procedimiento Civil. Además, es conveniente que la ejecución de los actos administrativos contractuales (los que imponen multas, declaran la caducidad, hacen efectiva la cláusula penal o declaran riesgos amparados por la garantía de cumplimiento), vuelvan a ser ejecutables por jurisdicción coactiva, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 68 del CCA. Con miras a lograr que los procesos ejecutivos no sigan tramitándose en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es necesaria la incorporación en el artículo 82 del CCA, de un párrafo final adicional que disponga lo siguiente: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer de procesos ejecutivos, cualquiera que sea su naturaleza o título en que se funde”. Además, para complementar esta disposición, deben derogarse las normas previstas en los artículos 132 núm. 7º, 133 núm. 2º, 134b núm. 7º y 134c núm. 1º, introducidos a nuestra legislación por La ley 446 de 1998.

- b) Las acciones de responsabilidad civil extracontractual por falla médica contra EPS e IPS públicas. En estos casos, el daño sufrido por un paciente en una clínica u hospital adscrito al Seguro Social, es el mismo que el sufrido en una clínica u hospital privado, adscrito a Famisanar o Compensar, etc. La existencia de una doble jurisdicción, que permite que unos casos sean fallados por la justicia ordinaria, y otros por la jurisdicción contenciosa, ha establecido un trato desigual para las EPS e IPS públicas, pues mientras que en la jurisdicción contencioso administrativa la caducidad es de sólo dos años, en la jurisdicción ordinaria la prescripción extraordinaria es de diez años. Además, en la jurisdicción contenciosa se aplica el principio de la “carga dinámica de la prueba”, mientras en la ordinaria la víctima debe demostrar la culpa o falla del servicio. Puesto que la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de competencia entre los sectores público y privado en la

prestación de los servicios médicos, debe ser la jurisdicción civil, jurisdicción que tradicionalmente ha venido conociendo de las demandas de responsabilidad civil extracontractual, la que conozca de todos esos conflictos, independientemente de la naturaleza pública o privada de la EPS o IPS. Lo anterior implicaría modificar el artículo 82 del CCA, excluyendo expresamente del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa los conflictos de responsabilidad medica contra IPS o EPS públicas, al igual que fueron excluidas del conocimiento de la citada jurisdicción las controversias originadas en decisiones proferidas en juicios de policía o en decisiones jurisdiccionales de las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

- c) Las acciones de repetición. En la actualidad las acciones de repetición no se justifican, pues prosperan muy poco y constituyen un desgaste inútil de la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto las entidades públicas no han tomado con seriedad y responsabilidad las cargas procesales que implica su trámite, por lo que sería mejor eliminarlas, y restringirlas únicamente al llamamiento en garantía con fines de repetición, que es mucho más garantista para el servidor público llamado en garantía. Esto implicaría derogar casi en su totalidad la Ley 678 de 2001, con excepción de la normatividad que regula el llamamiento en garantía.⁵
- d) Las acciones populares por moralidad pública. A raíz del reciente fallo de Dragacol, muchos profesionales del derecho se han dado a la tarea de demandar todos los procesos contractuales estatales de gran magnitud, sin tener ningún interés en ello, con la única finalidad de lograr algún incentivo. Estas acciones deben limitarse única y exclusivamente cuando haya habido detrimento patrimonial del erario público, y cuando no se hayan adelantado las acciones fiscales correspondientes, siendo en consecuencia conveniente que para su interposición exista una especie de filtro, que podría consistir en que la acción sólo pueda intentarse a instancias de los organismos de control (Contraloría y Procuraduría), cuando hubiere un evidente detrimento patrimonial. Lo anterior implicaría una modificación de los artículos 4 y 5 de la Ley 472 de 1998.

⁵ Artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

- e) Las acciones de grupo. La ley que reguló⁶ las acciones de grupo es totalmente desafortunada, pues no tiene un trámite expedito, y el hecho mismo de que el grupo deba estar integrado por todos los afectados, que la indemnización fijada en la sentencia se reparta entre todos los miembros del grupo, hayan demandado o no, y que el trámite de las excepciones y de los llamamientos en garantía sea el establecido en el Código de Procedimiento Civil para los procesos ordinarios, han convertido esta acción en la de más difícil trámite, de todas las que son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Por esta razón sería mejor derogar en su integridad las normas de la ley que las consagraron.
- f) Las acciones de restitución de inmueble arrendado. Las mismas deben volver a ser competencia de los jueces civiles, quienes tradicionalmente las han venido conociendo, para lo cual sería conveniente prever una norma en este sentido en el artículo 82 del CCA, señalando que la jurisdicción contencioso administrativa no es competente para conocer de los procesos de restitución de bienes arrendados.

1.6 Medidas tendientes a lograr una mayor equidad en la repartición de trabajo correspondiente a las secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Propuesta de modificación del artículo 14 del Decreto 288 de 1989 sobre distribución de competencias

Actualmente la secciones Segunda y Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado están demasiado recargadas de trabajo, por lo que la solución a este problema sería volver al Tribunal y al Consejo de Estado totalmente promiscuos, lo que implicaría suprimir las secciones para que el reparto de los asuntos se haga en forma equitativa entre todos los magistrados. Esta propuesta, que sería la más equitativa en cuanto a carga de trabajo, sin embargo, en un principio causaría serios traumatismos pues la especialización de las secciones permite elaborar las sentencias con mayor rapidez, por cuanto los magistrados, al ser especializados, conocen mejor la temática objeto de la decisión. Si esta sugerencia no prosperara, sería necesario asignar a las secciones Primera y Cuarta del

⁶ Ley 472 de 1998.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca algunas funciones como las siguientes: a la Sección Primera: a) las acciones de pérdida de investidura y las acciones constitucionales, con excepción de las tutelas; b) la práctica de todas las pruebas anticipadas; c) las acciones ejecutivas contractuales. A la Sección Cuarta: las acciones de repetición y las acciones de restitución.

1.7 Medida tendiente a combatir la inactividad de los apoderados de las entidades públicas cuando actúan como demandantes: ampliación de la perención en contra de entidades públicas demandantes

En la actualidad, el Código Contencioso Administrativo⁷ establece la perención del proceso como una sanción procesal en contra de la parte demandante negligente. La terminación del proceso por perención opera cuando el expediente permanece en Secretaría por seis meses o más, por falta de actividad procesal del actor. No obstante lo anterior, la norma en comento prevé un privilegio a favor de la nación, las entidades territoriales o descentralizadas, consistente en no poder decretar en su contra la perención.

En la época en que se expidió el actual Código Contencioso Administrativo,⁸ en los procesos contenciosos administrativos muy rara vez las entidades estatales actuaban como demandantes. A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,⁹ la situación anterior cambió radicalmente, hasta el punto que en la actualidad un 20% de todas las demandas promovidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son entabladas por las entidades públicas. En especial, las entidades públicas están obligadas a actuar como demandantes en las acciones de repetición contra sus servidores públicos;¹⁰ en las acciones contractuales y ejecutivas que adelanten contra sus contratistas, particulares o públicos;¹¹ en las acciones de reparación directa contra la nación por mora o pago parcial en el pago de transferencias y regalías; en las acciones constitucionales (de tutela, cumplimiento, populares y de grupo, pérdi-

⁷ Artículo 148 del CCA.

⁸ Decreto 01 de 1984.

⁹ Ley 80 de 1993.

¹⁰ Artículo 4 de la Ley 678 de 2001.

¹¹ Artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

da de investidura), formuladas por el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, personeros municipales y Defensoría Pública), y por las contralorías, en defensa de los derechos humanos, la moralidad, el medio ambiente y, en general, de los derechos colectivos y sociales y del patrimonio público.¹²

Este privilegio a favor de las entidades públicas ha perdido su razón de ser y su justificación a la luz de los principios constitucionales consagrados en la nueva Carta Política, por las siguientes razones:

- a) Desconoce el principio de igualdad previsto en la Constitución Política,¹³ según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que las autoridades puedan hacer ningún tipo de discriminación. En efecto, por no estar establecida la perención en contra de las entidades públicas, la ley tácitamente permite un trato privilegiado para las mismas, cuando actuando en calidad de demandantes omiten el cumplimiento de las cargas procesales que le compete a cualquier demandante. En las acciones de repetición, con mucha frecuencia, los apoderados de las entidades públicas demandantes no asumen las expensas de notificación y los gastos del proceso, y tienen una conducta negligente frente al proceso, pues no aportan ni solicitan pruebas, y no presentan sus respectivos alegatos de conclusión. Esta enojosa situación ha contribuido sustancialmente a la congestión de los despachos judiciales, sin que por esta conducta se pueda sancionar a la parte actora, que no asume debidamente sus cargas procesales.
- b) Desconoce el principio constitucional de la buena fe,¹⁴ según el cual todas las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas deben ceñirse a la buena fe. Es muy común que los apoderados de las entidades públicas instauren demandas “meramente protocolarias” para cumplir formalmente con sus funciones, sin asumir los deberes y las cargas procesales que les competen como demandantes. Esta actitud negligente necesariamente contraría dicho principio fundamental.

¹² Artículos 277 y 282 de la Constitución Política.

¹³ Artículo 13 de la Constitución Política.

¹⁴ Artículo 83 de la Constitución Política.

Con fundamento en lo anterior, se sugiere suprimir del texto del párrafo 4° del artículo 148 del CCA, la expresión: “Tampoco en los que sean demandantes la nación, una entidad territorial o una entidad descentralizada”.

1.8 Reforma a la conciliación prejudicial ante lo contencioso administrativo¹⁵

Una modificación a la visión de la conciliación prejudicial y, en consecuencia, a las normas vigentes que la regulan, se justifica por las siguientes razones:

- a) Naturaleza. Como es de conocimiento, la solución de los conflictos puede darse mediante diferentes sistemas, entre otros:
 - **La autodefensa o autotutela:** donde el titular del derecho asume su propia defensa, sin intervención de terceros, mediante la manifestación de poder o de fuerza.
 - **La auto composición:** atendida por la doctrina como la solución del conflicto por las propias partes, sin intervención de un tercero; a título de ejemplo se señalan en este sistema el desistimiento, el allanamiento, la transacción.
 - **La heterocomposición:** que se caracteriza precisamente porque en la solución del conflicto interviene un tercero. Dentro de este sistema se encuentran, entre otros, el arbitraje, el proceso y la conciliación.
- b) La noción jurídica de “mecanismo alternativo de solución de conflictos” (artículo 8 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y artículo 64 de la Ley 446 de 1998). Para una mayor claridad obsérvese el contenido del artículo 8 de la ley estatutaria de la administración de justicia:

Artículo 8. Alternatividad. La ley podrá establecer *mecanismos diferentes al proceso judicial* para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios (énfasis agregado).



¹⁵ En este punto se tomarán las propuestas de reforma al Código Contencioso Administrativo formuladas por el doctor Juan Carlos Garzón en el estudio que realizaron los magistrados de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dirigido al presidente del Consejo de Estado, con el fin de que se tuviera en cuenta en el proyecto de descongestión de la jurisdicción, proyecto presentado el 23 de marzo de 2004, que no se ha publicado.

Por su parte, la ley de descongestión de despachos judiciales,¹⁶ ubica a la conciliación dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y en su artículo 64 la define de la siguiente manera:

Artículo 64. Definición. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas *gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador* (énfasis agregado).

Los conceptos de “alternatividad” y “conciliación” reconocen que la resolución de conflictos y la finalidad de la administración de justicia (paz, tranquilidad, orden justo, etc.), puede lograrse no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino igualmente acudiendo a la amigable composición, a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial; evitando a las partes colocar en movimiento el aparato judicial y que mediante instituciones como transacción, desistimiento, conciliación, arbitramento, los interesados puedan solucionar sus conflictos.

c) La conciliación prejudicial y la normativa vigente. Un primer problema de la normativa vigente radica en los efectos que le otorga a la conciliación prejudicial, en cuanto dispone: “El *acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada* y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”¹⁷ (énfasis agregado).

Es claro que no es realmente el acuerdo el que hace tránsito a cosa juzgada, sino la aprobación por parte del órgano judicial el que le otorga ese particular efecto procesal.

Sobre este tema la modificación que se propone puede sostenerse aun aceptando ese efecto procesal,¹⁸ pero otorgando la facultad de aprobación al Ministerio Público y no al órgano judicial, por lo siguiente:

- Es claro que no toda la actividad jurisdiccional es realizada por la rama judicial; de ahí el porqué el artículo 116 constitucional permite que de manera excepcional y para materias

¹⁶ Ley 446 de 1998.

¹⁷ Artículo 64, Ley 446 de 1998.

¹⁸ Si se acepta que la conciliación prejudicial no es nada diferente a “un mecanismo de resolución de conflictos”, y que la intervención del funcionario no implica el ejercicio de una función jurisdiccional ni administrativa, bien podía eliminarse el efecto jurídico de cosa juzgada y solamente otorgarle el de mérito ejecutivo en el evento de que no se cumpla con lo acordado en el acta de conciliación.

precisas, la Ley podrá atribuir función jurisdiccional a determinadas autoridades administrativas y de igual manera investir a los particulares transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros.

- En el caso de la conciliación prejudicial contencioso administrativa, si se considera que la *aprobación* de este tipo de conciliación implica una función jurisdiccional, mediante ley puede atribuirse esa función de aprobación al Ministerio Público en su carácter de autoridad administrativa.

d) La conciliación prejudicial cuando medie un acto administrativo no implica una atribución especial al Ministerio Público. Se parte de aceptar que la Ley permite la conciliación aun frente a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo el recto entendimiento de que no se trata de “negociar la legalidad del acto administrativo”, sino sus efectos económicos, todo bajo la condición de que se esté frente a causales de revocatoria del acto administrativo.

Se considera que otorgar competencia al Ministerio Público a efectos de tramitar y aprobar la conciliación prejudicial, cuando está de por medio un acto administrativo, no implica una atribución especial, por cuanto la decisión de revocatoria continúa en cabeza de la propia entidad administrativa; téngase en cuenta que en la conciliación prejudicial no existe relación procesal; no se ha presentado, ni admitido, ni notificado la demanda; es decir, *la administración tiene plena competencia para revocar su acto administrativo, en forma directa o dentro del desarrollo de una conciliación prejudicial.*

Lo que no puede seguir aceptándose es que a pesar de no existir una relación procesal, se desnaturalice a la conciliación prejudicial como mecanismo alterno de solución de conflictos y se exija la intervención del órgano judicial cuando las causales de no aprobación¹⁹ (no presentación de medios de prueba —violación de la Ley— o resulte lesivo para el patrimonio público), jurídicamente coincide con las propias atribuciones del Ministerio Público.²⁰

Bajo ese criterio procede la modificación de las normas que regulan la aprobación de la conciliación prejudicial en materia contenciosa administrativa.

¹⁹ Artículo 73, Ley 446 de 1998.

²⁰ Artículo 277 Constitucional (numeral 7°).

e) Reforma del artículo 24 de la Ley 640 de 2001.

Artículo 24. Aprobación de conciliaciones extrajudiciales en materia contenciosa administrativa. Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se aprobarán directamente por el correspondiente agente del Ministerio Público que adelantó la respectiva actuación.

Parágrafo. El auto que impruebe el acuerdo conciliatorio, será susceptible de recurso de apelación ante el inmediato superior.

Parágrafo. El agente del Ministerio Público, dentro del trámite y aprobación de la conciliación prejudicial, ejerce funciones jurisdiccionales.

1.9 Establecimiento del proceso testigo

- a) Es conveniente consagrar en el Código Contencioso Administrativo colombiano una institución similar a la existente en España, como el llamado “proceso testigo”.²¹ Éste consiste en que, si en un tribunal existe un número importante de casos muy similares que se fundamentan en unos mismos hechos²² que han originado un sinnúmero de demandas presentadas “en masa”,²³ motivadas por la misma causa y cuyos fundamentos de hecho son similares, las salas administrativas de los tribunales españoles, proceden a suspender el trámite de todas las acciones presentadas, gestionando

²¹ El artículo 37 de la Ley 29 del 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, reglamenta lo que la doctrina española conoce con el nombre de “proceso testigo”, de la siguiente forma:

“1. Interpuestos varios recursos contencioso administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el art. 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días acordar la acumulación de oficio o de instancia de alguna de ellas.

2. Cuando ante un juez o tribunal estuviere pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes, por plazo común de cinco (5) días, suspendiendo el curso los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros. La sentencia deberá ser notificada a las partes afectadas por la suspensión, quienes podrán optar por solicitar la extensión de sus efectos en los términos del Art. 111, por la continuación de su procedimiento o por su desistimiento”.

²² En Colombia, por ejemplo, en los procesos que se adelantaron cuando los policías de tránsito “azules” fueron desvinculados en masa de la Secretaría de Tránsito del Distrito Capital, y la vigilancia del tránsito fue encargada a la policía distrital, o cuando la Administración de Impuestos Nacionales reclasificó un número importante de profesionales liberales y de comerciantes minoristas como contribuyentes del régimen simplificado de IVA a contribuyentes del régimen común, o los procesos contra Cajanal, en los que se pretende que se reliquiden las pensiones correctamente pues Cajanal sigue liquidándolas de manera incorrecta, desconociendo pronunciamientos obligatorios y reiterados del Consejo de Estado).

²³ La extensión de la sentencia a terceros, especialmente en el caso de los llamados “actos en masa”, que de conformidad con el artículo 110 de la Ley española número 29 de 1998 ha sido aplicada en materia tributaria, y de personal al servicio de la administración pública, permitiendo extender los efectos de una sentencia en firme a favor de otras personas que no han demandado, cuando estén en idéntica situación jurídica de los favorecidos por el fallo, la solicitud se realiza dentro del año siguiente de la notificación de la sentencia a quienes fueron parte dentro del proceso, y siempre y cuando la autoridad judicial fuere competente por razón del territorio.

solamente la demanda más antigua, a la cual se le da un trámite preferente para que sea decidida en un máximo de seis meses, expediente que se conoce como “proceso testigo”. Los demás accionantes, una vez que se falle el “proceso testigo”, pueden acogerse a lo decidido por el Tribunal y solicitar a la administración que aplique la sentencia o fallo que decidió, conservando el derecho a insistir en el trámite de su proceso si se invoca y demuestra que es diferente del “proceso testigo”.

1.10 La extensión de los efectos de una sentencia o fallo a los no recurrentes

Esta es una medida complementaria al llamado proceso testigo existente en la legislación española, que se debe introducir en el Código Contencioso Administrativo colombiano. Esta institución consiste en que las personas que no han demandado también tienen derecho de solicitar a la administración que aplique a su caso la sentencia que decidió el “proceso testigo”, y si ella se niega a hacerlo, los no recurrentes pueden solicitar al Tribunal que le ordene la aplicación extensiva de la sentencia del “proceso testigo”, por tratarse de reclamaciones que están en la misma situación de hecho y que están fundamentadas en una misma causa.