

Posiciones sustancialmente preponderantes y costas procesales

DOS IDEAS PARA LOGRAR UNA DESCONGESTIÓN (PARCIAL) DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ELEVANDO LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN POR CONTUMACIA, REDUCIÉNDOLOS AL MISMO TIEMPO POR EL ESFUERZO EFICAZ QUE HAGAN LAS PARTES



Fernando Alberto García Forero*

PRESENTACIÓN

Algunas veces, ideas simples resultan poderosas. Tanto en la ingeniería mecánica como en la poesía los resultados están a la vista, no sólo por la rueda y los aikú, sino por otros innumerables casos en que lo aparatoso no siempre resulta ser más estético o práctico. El asunto viene al caso, porque si tuviéramos que calificar el estilo del proceso ordinario que se surte en litigios relativos a contratos y de reparación directa,¹ la conclusión sería que se muestra claramente inspirado en el rococó del barroco o, en el mejor de los casos, en el gótico, en contraste con el minimalismo funcional que la sociedad reclama y necesita.

¿Por qué no solicitar pruebas cuyo resultado, según se sabe de antemano, será insustancial y en cambio sí dilatará el proceso lo suficiente como para llevar a la otra parte hasta el filo del desespero?



* Docente de la Facultad de Jurisprudencia. Alumno de la Maestría en Derecho Administrativo.

¹ CCA., título XXVI, capítulo II, artículos 217 y ss.

¿Por qué no recurrir a cuanto se pueda recurrir, aun cuando en el fondo se sepa que las decisiones están bien fundadas, si de la verdadera tanda de resoluciones desfavorables no se deriva absolutamente ningún efecto para quien se representa y por el contrario se deja ante él la sensación de haber sido muy diligente? ¿Por qué no pedir, por ejemplo, la reposición del auto que declara cerrada la etapa probatoria y corre traslado para alegar de conclusión, solicitando que en su lugar se fije fecha y hora para celebrar una audiencia de conciliación, aun cuando llegada la fecha, el torticero no pueda mostrar tan siquiera que reunió el comité de conciliación y defensa judicial de la entidad para buscar una salida al caso?, o ¿Por qué no echar mano de cualquier nimiedad para recurrir el auto admisorio de la demanda, aun cuando se observe que el libelo está bien estructurado y que el auto que ordenó su admisión no merece reproche, si con ello se puede obtener más tiempo que el otorgado por la ley para preparar la contestación?

Las respuestas a los anteriores interrogantes —que únicamente son unos cuantos de la infinidad que podrían formularse en el mismo sentido y que involucran todo cuanto congestiona el quehacer jurisdiccional— deben buscarse no sólo en el campo de la deontología jurídica y de la ética, sino también en los deberes que la Constitución impone a todo ciudadano y hasta en el concepto de honorabilidad que cada cual haya aprendido. No obstante, dicha sea la verdad, la situación actual del proceso ordinario en la jurisdicción contenciosa, especialmente en materia contractual y de reparación directa, aunque bien podría verse auxiliada por la teoría de los valores, por la ética, por los deberes ciudadanos y hasta por los más vagos recuerdos que cada cual tenga de cuando le cantaban arrurrúes, requiere una modificación mucho más práctica que, por su misma naturaleza, ha de resultar efectiva.

Gran cantidad de disciplinas dan valía a las innovaciones y consideran exclusivamente la capacidad que éstas tengan para transformar la realidad o para incidir en ella, previa verificación de su potencial mediante experimentos de laboratorio o incluso mediante la práctica social. En el derecho también fue así durante mucho tiempo (positivismo), hasta que por fortuna se nos invitó a dar albergue sólo a las ideas que sobreviven tras haber superado sin merma alambiques imaginarios que tratan por todos los medios de alterar sus esencias, para que después, en condición de sobrevivientes, pero sin garantía de éxito, inicien otro insospechado periplo

de escrutinio y sustentación. A ese alambique y a ese periplo queremos someter dos ideas de fondo, específicamente referidas al proceso ordinario en mención.

LAS PROPUESTAS

La primera de las propuestas juzga necesario que en dicho proceso se haga una “calificación del mérito del sumario”, una vez el juez conozca la posición inicial de las partes, las pruebas que éstas aportan en favor de su causa y lo que ambas tengan que decir en relación con todo lo expresado o aportado.² Tal calificación debería hacerse a petición de parte, sólo si el juez percibiera una posición sustancialmente preponderante en alguno de los extremos de la relación jurídico-procesal; situación que sería posible deducir (i) por el mérito de las pruebas aportadas, (ii) por la imposibilidad o falta de interés que por controvertirlas haya tenido aquél contra quien se aducen y (iii) por el estado jurisprudencial de la cuestión. La consecuencia de tal decisión sería que a partir del auto de pruebas —misimo en que habría de ser declarada la existencia o inexistencia de preponderancia sustancial— y sin que ello fuera recurrible, la causa se tramitara como corresponde a un proceso verbal sumario (artículos 438 y ss del CPC), sin que en ningún caso la decisión pudiera proferirse después de sesenta días.

Así, se pretende por un lado que el juez, en su calidad de orientador del proceso, se beneficie —en relación con las pruebas contenidas en éste— de la misma posibilidad que en virtud de la ley tienen, hoy en día, las partes (artículo 186 del CPC): solicitar, de común acuerdo, que se declare cerrada la etapa probatoria, para que surtidos los alegatos de conclusión, el proceso se falle en el estado en que se encuentra,³ y, por otro, hacer extensivo a los medios de prueba restantes lo que ya está dispuesto para testimonios (artículo 219 del CPC), de suerte que el juez pueda limitar la práctica de pruebas por considerar esclarecidos hechos, cuya ocurrencia resulta suficiente para proferir un fallo en derecho.



² Demanda, contestación de la demanda, y traslado del artículo 399 del CPC.

³ La referida norma está inutilizada en la práctica, toda vez que una de las estrategias de ataque o defensa más socorridas en sede judicial, por paradójico que parezca, es hacer que la morosidad del sistema obre en contra de la parte más fortalecida procesalmente. La sola negativa de elevar tal solicitud de común acuerdo —como lo exige la ley— pone a quien procesalmente se muestra más débil, en posición de lograr que su contraparte acceda a conciliar o transar en condiciones que determinen para aquélla un provecho muy superior al perjuicio que una condena, según el conducto regular, le causaría.

Hacemos expreso que aun cuando la declaratoria de posición sustancialmente preponderante ha de abrirse paso por la indiscutida colaboración probatoria que tenga alguna de las partes, ello no es óbice para que el juez se abstenga de declarar de oficio otras pruebas (artículo 169 del CCA), con el fin de precisar asuntos que considere cruciales. No es posible dudar de que el análisis prematuro del caso —requerido para establecer si se abre paso o no a una declaratoria de posición sustancialmente preponderante— coadyuva a la gestión judicial, porque permite apreciar, desde los prolegómenos de la litis, qué pruebas habrán de ser decretadas de oficio, lo cual se conseguirá de inmediato, sin que sea necesario decretarlas ya en la oportunidad procesal de decidir (que en la actual práctica es cuando se suelen encontrar los vacíos por falta de un estudio previo y cuidadoso).

El solo hecho de que una de las partes solicitara la declaratoria debería habilitar al juez para hacerla en favor de cualquiera de ellas. De esta manera, el carácter bipolar de la figura elimina la necesidad de inventar una teoría paralela que aluda a las posiciones sustancialmente banales a las que podría hacerse acreedor todo aquel que ante los tribunales propusiera la prosecución de casos abstrusos, ya que en tal evento, la posición sustancialmente predominante la tendrá quien sea atacado sin suficientes elementos de juicio. Otro asunto que se debe tener demasiado en cuenta es que bien podrá el juez, así se lo hayan solicitado, no declarar la existencia de una posición sustancialmente predominante de alguna de las partes y dejar los casos 'difíciles' expuestos al poder argumentativo de los litigantes y a un mucho más agudo ejercicio hermenéutico por parte del órgano judicial.

Si se quiere y la comparación cabe, cuando prima facie se note que hay preponderancia, ésta deberá ser declarada, lo cual no implica un prejuzgamiento, así como tampoco lo implica decretar la suspensión provisional de un acto administrativo general, y más claramente de un acto administrativo particular, caso en el que es necesario hacer por lo menos una inferencia en relación con el daño que podría causarle el acto al afectado. En consecuencia, la declaratoria judicial a la que nos venimos refiriendo habrá de producirse, previa solicitud de alguna de las partes, y no de oficio, porque por raro que parezca, si alguien puede hallar rápidamente una sentencia en su favor por vía de responsabilidad sin falta, puede preferir buscar una sentencia y probar una falla en el servicio, lo cual no sólo es completamente legítimo, sino muy conveniente dado el control que debe ejercer la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre el quehacer institucional.

Otro de los parámetros que se deben tener en cuenta a la hora de establecer si hay o no una preponderancia sustancial, es constatar que la administración ha negado, sin que parezca razonable, el suministro de información o de documentos a quien finalmente figura como demandante. Es conveniente hacer tal consideración, dado que no pocas veces las entidades se amparan al proporcionar a la información o a los documentos una confidencialidad o reserva que no es de rango constitucional, ni legal y, en otros casos, al suponer que el tema por el cual se averigua es relativo a la seguridad nacional, cuando por lo general lo que esa actitud intenta es encubrir hechos cuya ocurrencia puede dar lugar a otras formas de responsabilidad distintas de la que origina la falla anónima de la administración. De llegar a implementarse la calificación de la preponderancia sustancial en el derecho procesal administrativo, no podría pasarse por alto la situación que se acusa, toda vez que el desbordado interés de los litigantes en presentar sus demandas de la manera más completa posible y la reticencia institucional tendiente a impedirselos ocasionaría una avalancha de recursos de insistencia que es posible prevenir.

La segunda propuesta es aún más simple, porque tan sólo refina instituciones ya existentes.⁴ Se orienta a reconocer la necesidad de incrementar las costas procesales, tanto al final de los procesos en los que sea declarada la existencia de una posición sustancialmente preponderante como en aquéllos en los que no se haga tal declaración, de manera que su pago se abra paso no dependiendo de la conducta que haya tenido el vencido en juicio durante el transcurso de éste, sino considerando que realmente el triunfador ha incurrido en gastos que, al quedar dilucidado el litigio en su favor, está claro que no ha debido asumir (éstos no se tasan de manera arbitraria o conmisera, sino con toda la precisión del caso, dando campo a la primacía de la realidad). Así, quien litiga sin verdaderas probabilidades de éxito, es decir, aquél a quien le fascinan las aventuras judiciales, corre un doble riesgo: (i) que sea declarada una posición sustancialmente preponderante en favor de la contraparte y que se surta un proceso rápido con efectos negativos apreciables e inminentes o (ii) que aun al no



⁴ La imposición y pago de costas según la "conducta asumida por las partes" durante el proceso resulta ser algo raro de encontrar, porque es una posibilidad amparada en una norma, que siendo importante, pocos valoran o aplican con determinación (artículos 55 de la Ley 446 de 1998).

ser declarada tal posición, después reciba, aparte de la consabida orden de resarcir, una condena en costas significativa.

Como se aprecia, las dos propuestas apuntan a incidir sólo en litigios en los cuales a la postre se dilucide con claridad cuál es la parte vencedora y cuál es la vencida, mas no en aquéllos en los que finalmente la decisión judicial no ampara del todo las pretensiones formuladas, bien porque éstas no han sido presentadas como corresponde, porque la defensa del vencido ha resultado parcialmente aceptada o porque el caso se enmarcaba dentro de lo que usualmente se conoce como un 'caso difícil'. Si bien actualmente son muchos los casos complejos que llegan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es evidente que también son muchos los que obedecen a eventos cuyo desenlace es posible predecir más holgadamente, por tratarse de reproducciones fieles de casos ya resueltos, o por estar regidos por formas de responsabilidad cuya aplicación está suficientemente decantada.

SITUACIÓN

La actual práctica muestra que antes de un litigio, entre otras cosas, es frecuente encontrar: (i) un desperdicio inexplicable de las elaboraciones jurídicas alcanzadas, porque se propone ir a la sede judicial para invocar la aplicación de tesis que ya están plenamente superadas;⁵ (ii) una despreocupación total por precaver litigios, porque los encargados de procurar o facilitar las avenencias, al ver tan lejos los efectos de su porfía, se sienten indemnes en la



⁵ Es evidente que hay una terquedad que parece ser a toda prueba, la cual impide modificar posiciones que, hasta conocerse la opinión contraria de un tribunal, o bien la administración estima inocuas para el erario público y los derechos ciudadanos (las cuales son eminentemente reactivas), o bien los litigantes califican como atentados inauditos contra sus clientes (que son completamente normales e inofensivas); por consiguiente, muchos procesos terminan con una reiteración innecesaria de las líneas jurisprudenciales en relación con asuntos que ya están resueltos de manera absolutamente pacífica y no suscitan incertidumbre.

⁶ Al punto de instruir a los abogados sobre la importancia de dilatar los asuntos hasta que sea relevada la administración de turno. Por otro lado, no puede desconocerse lo importante que es la celeridad judicial dentro del conjunto de circunstancias que pueden favorecer un verdadero ejercicio de la acción de repetición. El Ministerio Público, por ejemplo, podría mostrarse más proactivo para llamar en garantía, si una participación más dedicada de las partes en materia probatoria, le permitiera hacer más apreciable desde un principio el dolo o la culpa grave de algún funcionario. La eventual calificación de preponderancia sustancial promovería no sólo el interés por colaborar en la recepción de pruebas por parte de quien acciona o de quien pretende exonerarse de responsabilidad rápidamente, sino además el allanamiento y la transacción (artículo 218 CCA) cuya empolvada consagración legal podría llegar a relucir.

evaluación próxima de su desempeño,⁶ y (iii) que se están desaprovechando gran cantidad de posibilidades extraprocesales con las que cuentan los litigantes para acopiar pruebas por su cuenta.⁷

Durante los litigios se observa que: (i) se pide la práctica de pruebas, o bien orientadas a demostrar asuntos que no están en discusión,⁸ o bien las partes han podido conseguir fácilmente sin la intervención del órgano judicial⁹; (ii) en una gran cantidad de casos hay resignación frente a la situación caótica y la dilación que se presenta en los tribunales; (iii) quienes hacen esfuerzos ingentes con el fin de aportar junto con su demanda o su contestación pruebas que presten suficiente mérito en favor de la posición jurídica que sostienen —a fin de reducir así la actividad probatoria durante el proceso— no encuentran ningún estímulo por su esfuerzo o si lo encuentran, la porción es insignificante; (iv) en los tribunales, el examen exhaustivo sobre la situación planteada y las pruebas aportadas sólo se cumple en el momento de estudiar el expediente para proferir el fallo, mientras la situación contraria se da cuando el fin es precisar, por ejemplo, si se admite o no la demanda, dependiendo de su contenido, o si se decretan o no las pruebas por haber sido éstas formalmente solicitadas.

INEFICACIA DE LOS INTENTOS REALIZADOS

Hasta ahora, el trauma que padece el sistema ha procurado resolverse con ayuda de mecanismos que resultan tener muy poca inci-



⁷ Por ejemplo, aportar con la demanda, previa anuencia de la contraparte (artículo 21-1 del Decreto 2651 de 1991), o sin ella (artículo 10, Ley 446 de 1998), peritajes o informes científicos y técnicos; practicar pruebas anticipadas (artículos 297 y 300 del CPC); recaudar testimonios dentro de la inspección judicial solicitada anticipadamente (artículos 246-3 del CPC); ejercitar el derecho de petición para revisar archivos de las entidades públicas, y obtener copia de los documentos que allí reposan (artículo 19 del CCA), etc.

⁸ Como ocurre cuando una entidad que ha sido accionada por construir un puente demasiado cerca de viviendas que por tal situación se consideran devaluadas, en su defensa pide el testimonio de gran cantidad de miembros de la comunidad, para que éstos digan que el puente es útil, está bien construido, era necesario, y que ha mejorado notablemente el flujo vehicular.

⁹ Esta última modalidad se observa en la solicitud que se suele formular para que los tribunales oficien a las entidades y ordenen que éstas hagan llegar al expediente documentos auténticos, asunto que si bien es ya de por sí reprochable en los accionantes —porque fácilmente los habrían podido conseguir ejerciendo el derecho de petición en interés particular—, resulta simplemente insólito en el caso de las entidades accionadas, cuyos apoderados, no raras veces, hacen similar solicitud al tribunal, para que éste oficie a la entidad que ellos mismos están apoderando, con el fin de que sean remitidos documentos al expediente, aunque su deber es aportarlos junto con la contestación de la demanda.

dencia, porque ni aumentan los costos de transacción para quienes llegan a la jurisdicción en actitud terca (sea en calidad de demandantes o demandados), ni los disminuyen para quienes, en cualquiera de esas dos condiciones, acuden forzados por circunstancias que en verdad justifican el ataque o la defensa que realizan en sede judicial luego de haber aportado pruebas contundentes sobre sus motivos. Existen incluso situaciones en que las entidades demandadas conocen muy bien cuánta justicia hay en la causa de quien las acciona, pero no rehuyen el litigio y esperan que la demanda no sea oportuna, o que si llega a serlo, no resulte lo suficientemente técnica; de igual modo muchos litigantes saben cuánta injusticia hay en su causa y aun así la promueven, bien para justificar sus honorarios o esperando que, al echar su atarraya enredada donde se mueven las aguas, algo quede en ella.¹⁰

Son bien conocidas las diferentes ideas que a menudo abanderan la explicación de por qué hay mora judicial, pero de un tiempo para acá hondea una en particular que, muy taimada, pretende mostrarse como si tuviera rango de justificación: por vivir en una sociedad que actúa por medio de un complejo sistema de relaciones, los asociados han de someterse a trámites judiciales para reivindicar sus derechos, de modo que exponerse a las eventualidades de un litigio no es extraño, sino inherente a la interacción. En sí, la afirmación no sería despreciable, de no ser por la connotación que para el caso y en nuestro medio tiene el vocablo eventualidades, cuyo inaudito alcance —si bien es posible fijarlo mediante el lenguaje académico— puede llegar a parecer inverosímil (sin serlo) y por lo tanto de extracción literaria.

Muchos sectores de la doctrina empiezan a preocuparse por develar el alcance que para nosotros puede tener el concepto de plazo razonable,¹¹ y reclaman responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento del servicio de administración de justicia cuando se excede tal plazo en la resolución de un litigio; no obstante, nuestro interés apenas es añadir que tal responsabilidad, de una u otra



¹⁰ Por ejemplo, en materia de contratación, casi toda actuación tendiente a elegir a un contratista termina con por lo menos un litigio promovido por cualquier proponente no favorecido, muchas veces inspirado en la falta de autocrítica, en la astucia o en el habitual vicio de pensar con el deseo.

¹¹ Gil Bolero, Enrique, *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, s. l., Librería Jurídica Sánchez R., 2001, p. 137 y ss.

manera, habría de declararse dependiendo del esfuerzo y de la ayuda que hayan brindado o negado las partes para que un juicio sin dilaciones sea posible dadas nuestras particulares circunstancias.¹²

En las insistentes modificaciones normativas que se dan sin lograr abandonar el campo de lo simplemente simbólico, se aprecia afán y aparente preocupación por compensar el impacto que la morosidad judicial produce en los asociados. Usualmente se ha procurado dejar indemne al afectado y se ha querido alcanzar con la indemnización cierto estado de gloria en el que éste quede “como si” no se hubiera afectado por el proceso judicial que tuvo que promover para reivindicar su derecho, y “como si” la resolución de tal proceso no se hubiera demorado tanto como se demoró. La indización es la quintaesencia de ese paliativo.

Pero el in excelsis al que se pretende llegar por un medio tan fácil como es poner en una balanza la morosidad para compensar el platillo opuesto llenándolo con monedas nunca se logra, básicamente por dos causas: (i) si la disputa es eminentemente patrimonial, sin importar que al final se colmen las alforjas del vencedor, el fallo siempre será reprochable, debido a que justicia tardía no es justicia, lo cual afecta en forma directa al involucrado y en forma colateral la credibilidad de un sistema judicial que, dadas las circunstancias, en cada evento parece haber cohonestado la fatalidad padecida por la víctima, y (ii) si no se trata de una cuestión de tipo patrimonial, entonces es aún peor, ya que en situaciones así por lo general la decisión es satisfactoria sólo si es oportuna, porque de no darse a tiempo, deja inerme a quien pide justicia.

Las actuaciones reprochables han querido ser reprimidas mediante mecanismos poco eficaces —por ejemplo, multas impuestas siempre que haya “previa averiguación que garantice el derecho de defen-



¹² Si se diera crédito a la opinión de quienes creemos que los términos procesales en la actualidad valen para las partes, pero no para quienes administran justicia, sería de concluir que la indexación que paga el Estado —por ejemplo, después de un proceso que dura diez años y en el que no se observa que las partes hayan incumplido ningún término—, no obedece al suceso en virtud del cual se produce la condena, ni a la conducta procesal de las partes durante el desarrollo del proceso, sino al tiempo que la jurisdicción tardó en encontrar quién es patrimonialmente responsable. Por ello, es conveniente hacer un alto para examinar si acaso no es justo que toda indexación causada por el tiempo que transcurra excediendo un plazo razonable, sea pagada por la dirección ejecutiva de administración judicial. El ambiente en que se da la connivencia entre morosidad judicial e indexación, no es el requerido para realizar la justicia, porque semejante método, ni suple a quien recibe la indexación, ni afecta a quien en verdad da lugar a ella.

sa" (léase "otro trámite")—, cuya sola posibilidad espanta a los jueces porque, teniendo tanto que hacer, adicionalmente ven cómo la ley les asigna la carga de probar la malevolencia de los litigantes en asuntos difícilmente comprobables. La inutilidad de dichas medidas deriva de la falta de claridad y de método para hallar la diferencia entre actos procesales verdaderamente orientados a defender la posición jurídica que se sostiene, de los que están orientados simplemente a entorpecer el proceso o a producir dilación. No está claro—porque no se han definido los criterios para el efecto— cómo se deduce la temeridad o mala fe (artículo 22, Ley 446 de 1998), sin contar con que muchas de las conductas que habitualmente se describen como reprochables (utilizar las actuaciones procesales para fines ilegales o con propósitos fraudulentos, obstruir la práctica de pruebas, entorpecer el desarrollo del proceso, etc.) son demasiado ambiguas en su formulación y permiten toda suerte de escapatorias y excusas, por lo que salvo en ocasiones verdaderamente excepcionales, se pueden encontrar configuradas.

PERMANENCIA DE LA CRISIS

Es necesario considerar, y reconocer, que el concepto tiempo es particularmente polivalente en el derecho procesal administrativo. Existe uno exterior y general consagrado en la ley para cada una de las actuaciones o etapas procesales; así como otro que es interno, particular, y concierne a cada proceso, el cual a menudo resulta aleatorio e incontrolado. He ahí la vergonzosa situación: a pesar de la cantidad de llamados a cargo del legislativo y de los más altos órganos de la rama judicial del poder público, que a toda costa proscriben tan abominable fenómeno e intentan mostrar que la morosidad no es un asunto 'normal' de la función judicial, y que por el contrario actuar dentro de los términos es un deber insoslayable de los jueces, la cuestión sigue igual. Lamentablemente, muchos de los juristas que administran justicia se esmeran, como manda el adagio, por cambiar lo malo que pueden cambiar de la situación y por aprender a convivir resignados con lo malo que no pueden cambiar, sólo que opinan que la morosidad de la justicia está de este lado del enunciado, y no de aquél.

Una cosa es que la ley mande que el término de fijación en lista es de diez días, que tal fijación se hará después de notificada la demanda y que dentro de dicho término deberá ser formulada la contestación,

ocurrido lo cual se abrirá a pruebas el proceso por un “término prudencial que no excederá de 30 días”;¹³ y que igualmente exprese la normatividad que “los autos de sustanciación se deberán dictar en un término de tres días, los interlocutorios en el de diez y las sentencias en el de cuarenta”,¹⁴ teniendo siempre en cuenta que “los términos judiciales son obligatorios”, por lo que “todos los funcionarios y empleados deberán cumplirlos estrictamente”.¹⁵

Otra es que la realidad muestre que tras ser presentada la demanda transcurre por lo menos un mes para que se produzca el reparto, tres meses para que se profiera el auto admisorio, otros tres para que tal demanda sea notificada al accionado y, por lo menos, tres más para que sea fijada en lista; en consecuencia, para que se profiera el auto de pruebas a veces los tribunales se demoran hasta un año, y fijan fechas para recibir testimonios o practicar inspecciones judiciales que llegan hasta otro año más adelante (y conste que por autocompasión no aludimos a los peritajes, ni a otras pruebas practicadas en sede judicial distinta, previo envío de oficio comisorio).¹⁶

El admitir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo hace lo que puede y no lo que debe —aun cuando pueda parecer una expresión comprensiva— denota el desprestigio en el que ésta ha caído. Y preválidas de lo que para muchos es una constatación tan decepcionante, muchas de las entidades juzgables ante la jurisdicción de lo ‘contencioso’ sienten que no hay quien las ‘contenga’ o que, por lo menos, no hay quien lo haga en el corto plazo; situación que obra, al mismo tiempo, en contra del erario público (porque la administración continúa oronda reproduciendo conductas que todavía no han recibido ningún reproche) y de los justiciables (porque sobre ellos tiene mucho más efecto el nocivo clima que impera, que es el mismo que determina costos de transacción que



¹³ Artículo 209 CCA.

¹⁴ artículo 124 CPC.

¹⁵ Artículo 64, Decreto 2304 de 1989, en concordancia con el artículo 211 del CCA, subrogado por el artículo 50, *eajusdem*.

¹⁶ Uno de los enormes peligros que se ciernen sobre nuestra propuesta es que el remedio resultara peor que la enfermedad. Lo anterior porque, si uno de los efectos de la declaratoria de posición sustancialmente preponderante fuera que el trámite en lo sucesivo correspondiera al de un proceso verbal sumario, habría que hacer un esfuerzo muy grande para aproximar los tiempos previstos en la ley con los ocurridos dentro del proceso, para que al final no resulte más demorado el trámite verbal que el ordinario, y los beneficiados con la declaratoria de posición sustancialmente preponderante no vayan a sentirse castigados antes que recompensados por su esfuerzo.

les son simplemente imposibles de asumir). En virtud del estado de cosas reinante, algunos de los justiciables aprietan los dientes y se resignan en medio de conciliaciones que, si bien resultan sumamente atractivas para la riqueza pública que se expresa como moneda, son tanto más nocivas para la riqueza pública que se expresa en valores como la justicia y la legitimidad institucional, sin que ante esa situación los tribunales se muestren interesados en hacer algún pronunciamiento, ojalá orientado a impedir que la administración explote la condición famélica de los afectados, a expensas de una situación que aumenta los costos de transacción y que, de alguna manera, ellos mismos determinan.¹⁷

Cualquier pieza jurisprudencial, por bruñida y justiciera que resulte o por impecable que sea en su factura argumental o importante en sus logros finalmente no le hace ninguna gracia al afectado cuando se produce varios años después de ocurridos los hechos que le sirven de causa. Aun así, muchos miembros del excelso mundo jurídico, incluidos los dotados con suficiente masa crítica, suelen pasar por alto ese importante detalle y se apresuran a ponderar teorías que hacen ver al organismo moroso como si fuera progresista,¹⁸ sin advertir que el portentoso resultado del ejercicio de la función judicial tiene en su núcleo carcoma por haber violado, sin que quepa la más mínima duda sobre ello, el debido proceso del justiciable.¹⁹

En la actualidad los elevados costos de transacción que asume quien acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tienen variación dependiendo de la actitud que se tenga ante ella; situación que sin mucho esfuerzo puede conectarse con el avance de la corrupción tanto en la administración pública como en los ciudadanos. Hechos recientes muestran que dentro del actual estado de cosas el afectado lucha, en unas ocasiones con éxito y en otras sin él, contra la tentación de buscar extraprocesalmente solu-



¹⁷ Sería conveniente que en algún momento un tribunal, en ejercicio del control que le corresponde sobre las conciliaciones prejudiciales o incluso las que se desarrollan en sede judicial, declarara improbadamente una conciliación por encontrarla manifiestamente injusta.

¹⁸ Uno de los criterios para ponderar los fallos debería ser el de 'oportunidad', aun cuando es de reconocer que actualmente resulta muy difícil establecer si las sentencias son oportunas o no, dado que en los textos que las contienen, curiosamente, por lo general no aparece dato alguno acerca de la fecha en la que fue presentada la demanda en primera instancia.

¹⁹ El cumplimiento de los términos procesales y el deber de proferir sentencias dentro de plazos razonables hace parte integral del *debido proceso* al que tiene derecho todo justiciable, sobre el particular ver sentencias: T-416 de 1994; T-190 de 1995; T-768 de 1995.

ciones deshonestas para su situación, sea mediante el tráfico de influencias o proponiendo pagar el valor de los costos de transacción por adelantado a cualquier funcionario público capaz de modificar la indiferencia institucional frente a su caso.

Algunos sistemas buscaron, y encontraron desde hace siglos, soluciones efectivas frente a los bajos costos de transacción que podían tener los litigios tanto para quienes eran responsables como para quienes promovían con temeridad acciones en contra de inocentes, debido a los cuales los primeros se vieron motivados a buscar soluciones prejudiciales y los segundos a modificar su proceder. Esas mismas soluciones sirvieron para mitigar los elevados costos de transacción que un proceso tiene para quien se ve afectado por el actuar de otros —sea por ver conculcado un derecho o por ser demandado sin fundamento—. Todos esos problemas se redujeron luego de que se implementaron, por un lado, modalidades de indemnización que no fueran simplemente resarcitorias, sino punitivas y, por otro, cuando se dio paso a la imposición de costas procesales de importancia. Quien gana, en verdad gana; quien pierde, en verdad pierde.

Anticipábamos que el gran error que hay en nuestra concepción sobre las costas procesales es que éstas, por lo general, se deducen de la conducta asumida por la parte contraria a quien habrá de recibirlas y no del perjuicio que con el proceso, aun bien intencionado y tramitado mediante el legítimo ejercicio de los procedimientos, se causa a quien finalmente vence en sede judicial. Mejor sería fijar, en todos y cada uno de los eventos y no solamente cuando se observe una conducta reprochable, una suma significativa que, aparte de la condena patrimonial a la que por el triunfo tiene derecho quien vence, incluyera los costos de abogado, los estudios técnicos realizados para soportar la posición sostenida dentro del proceso, el valor de peritos nombrados por el juez y otros costos análogos.²⁰

POSIBLES CRÍTICAS A LA PROPUESTA

La resistencia al cambio puede ser uno de los principales problemas con los que se encuentre nuestra propuesta, sobre todo porque el pa-



²⁰ Todos los comprobantes concernientes a los gastos que las partes han soportado para poder acudir ante la jurisdicción deberían ser presentados dentro de un término perentorio, que a nuestro juicio debería ser el mismo que se da para formular los alegatos de conclusión.

vor que la más mínima modificación produce en muchos corazones raras veces se expresa como en verdad es, y más bien toma formas de contraseña que por ser más sugestivas puedan merecer más atención, tal como por ejemplo podría ser, el mostrar que aquello que se propone como cambio comportará una “violación del debido proceso”.

Otra de las críticas que podrían hacerse a estas propuestas es que para su implementación requerirían de una reforma de tipo legal, la cual sólo sería posible mediante la expedición de una norma. Si bien está plenamente justificado el desprestigio que tiene querer mejorar las situaciones existentes mediante el simple trámite de una nueva ley, ha de considerarse que dentro de un sistema legislado, como el nuestro, todas las reformas significativas hay que lograrlas por medio de modificaciones de tipo legal.

Una de las cuestiones más importantes en el debate sobre la morosidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es distinguir las causas de los efectos, porque aun cuando tal distinción en principio se muestre útil tan sólo para evidenciar que unas y otras reclaman con urgencia reacción por parte de los interesados, finalmente lo conmovedor será haber verificado lo obvio: que cada uno de los efectos de tal congestión, se repiten como causa de lo mismo.

Para concluir, queremos advertir que aunque muchos puedan no estar de acuerdo, en todo o en parte, con las posiciones que aquí hemos expresado, después del desacuerdo seguirá inmodificable la situación por unos y otros reconocida: la morosidad ha hecho colapsar la jurisdicción de lo contencioso administrativo de un modo tan estrepitoso que ésta ya no puede, dada la situación, responder como debe frente a las necesidades sociales. Muchos saldrán a exhibir manidos ejemplos para desmentir algunos de nuestros asertos y reclamos, por lo que a ellos es oportuno recomendar que, antes de su avance, confirmen si los ejemplos en que se amparan comportan una regla, o son tan sólo excepciones.

BIBLIOGRAFÍA

CCA, título XXVI, capítulo II, artículos 217 y ss; artículos 19, 209, 211 y 218.

CPC, artículos 438 y ss., 124, 186, 219, 246, 297, 300 y 399.

Decreto 2651 de 1991, artículo 21-1.

Decreto 2304 de 1989, artículo 64.

Gil Botero, Enrique, *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, s. l., Librería Jurídica Sánchez R., 2001.

Ley 446 de 1998, artículo 10 y 55.

Sentencias T-416 de 1994, T-190 de 1995 y T-768 de 1995.